أحكام الإلتزام

الدكتور

حمدى عبد الرحمن

دكتوراة الدولة فى المرافعات - جامعة باريس

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى بحقوق عين شمس

وعميد كلية الحقوق - سابقا

المحامى بالنقض ومجلس الدولة والدستورية العليا

٢٠٠٥

بسم الله الرحمن الرحيم

« ان المتقين فى جنات وعيون * آخذين ما آتاهم ربهم انهم كانوا قبل ذلك محسنين * كانوا قليلا من الليل ما يهجعون * وبالأسحار هم يستغفرون * وفى أموالهم حق للسائل والمحروم * وفى الأرض ايات للموقنين * وفى أنفسكم أفلا تبصرون * وفى السماء رزقكم وماتوعدون * فورب السماء والأرض إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون »

(صدق الله العظيم)

تقديـــم:

١ - يقصد بآثار الإلتزام - أو أحكامه - مجموعة القواعد القانونية التى تنظم أوصاف الالتزام، وانتقاله، وتنفيذه، وأخيرا انقضاءه.

ويقصد بأوصاف الإلتـزام تلك النماذج المتعددة التى تنشأ نتـيجة لتدخل عناصر تعـقّد الإلتزام وتنقله من وصف بسيط إلى وصف آخـر أكثر تركيـبا. ومن ذلك أن الإلتزام قد يكون معلقا على شـرط، وقد يكون مضافا إلى أجل، وقد يتعدد محل الإلتزام فيكون الإلتزام تخييريا اذا ورد على أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين إذا أوفى بواحـد منها[1]. كما قـد يكون الإلتزام بدليا، وذلك حين يرد الالتزام على شئ واحد، ولكن يجوز للمدين أن يؤدى شيئاً آخر بدلا منه، فتبرأ ذمته[2]. وقد يتعقّد الالتـزام بتعدد أطرافه، على نحو يتعـدد فيه الدائنون أو المدينون، أو الطرفـان فـى آن واحـد. والأصل فى حـالة التـعـدد أن يكون الالتزام قـابلا للانقسـام، وأن يكون أيضا غـير تضامنى. ومع ذلـك فان هناك حالات يـكون فيـها الالتزام تـضامنيـا بحكم الاتفاق، أو بحكم القـانون، بين أطرافه. ومن ناحـية ثانية، قـد ينتقل الالتزام سـواء بالنسبة للجـانب الايجابى (الحق)، أو بالنسبة للجانب السلبى (الدين)، ويطلق على الأولى حوالة الحق، وعلى الثانية حوالة الدين.

٢ - تأتى بعـد ذلك مشكلات تنفيذ الالتزام، واذا لـم يتم تنفيـذ الالتزام رضاءً من جانب المدين، فـإن الأمر يقتضى تنفيذه جـبراً عن هذا المدين، حيث يتـعين، من حيث المبـدأ، إعـذار المدين بضرورة التنفـيـذ، والأصل هو تنفيـذ

---

(١) الأصل أن الخيار للمدين ما لم ينص الاتفاق أو القانون على غير ذلك. (م ٣٧٥ مدنى).

(٢) يكون الخيار دائما فى الالتزام البدلى للمدين. (م ٣٧٨ مدنى).

الالتزام عيناً. واذا تبين استحالة التنفيذ العينى، أو تعذره، أو لم يعرضه المدين ولم يطلبه الدائن، آل الأمر إلى التنفيذ بمقابل، أى بطريق التعويض. ويقتضى تنفيذ الالتزام دراسة الوسائل التى يكفلها القانون للدائن للتنفيذ على أموال المديـن.

وأخيرا تتضمن احكام الالتزام دراسة اسباب انقضائه.

القسم الأول
أوصـــاف الالتـــزام
الفصل الأول
الالتـــزام الشـــرطى
المبحث الأول
تعريف الشرط ومواصفاته

٣- تحتمل كلمة «شرط» Condition عدة معان. ففي معنى أول يطلق هذا اللفظ على مـا يتم ادراجه من شـروط فى العقود، وفى هذه الحـالة يكون الشرط أحد بنـود التعاقد المنظمـة لآثار الالتزام فيما بين طـرفيه. ومن ذلك أن يشترط المشتـرى على البائع تقسيط الثمن على دفعـات مؤجلة، أو أن يتفق فى العقد على «شرط جزائى»، أى تعـويض اتفاقى يلتزم به أحد الطرفين اذا أخل بالتزامـه او تأخر فى التنفيذ، أو نفـذ تنفيذا مـعيباً، أو أن يشـترط الواهب على الموهوب له عدم التـصرف فى الشئ الموهوب لمدة معينة، وهو مـا يسمى شرط المنع من التصرف. وفى جمـيع هذه الحالات يكون الشرط بمعنى بند أُدرج في العـقد ليـنظم أثرا من آثار الالتـزام الناشئ عنه. ومن ناحـية أخـرى قـد يطلق وصف الشرط على ما قد يقتضيـه القانون من أوضاع أو ضوابط لازمة لصحة العقـود، وهو ما يســمى «شروط الصحـة»، كأن يشتـرط القانون توافـر درجة معينة من درجات الاهلية، أو سلامة الإرادة من العيوب، لصحة الالتزام.

والمعان السابقة ليست هى المقصودة بالشـرط باعتباره وصفا فى الالتزام. فالشرط كوصف فى الالتزام هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يكون الالتزام معلقـا عليه فى وجوده أو فى زواله. واذا كـان الالتزام معلقـا فى وجوده على

تحقق الشرط كان «الشرط واقفا». أما اذا كان الالتزام معلقا فى زواله على تحقق الشرط كان «الشرط فاسخا».

ويلاحظ أن الشرط - كوصف فى الالتزام - لا يمكن أن ينصب على عنصر جوهرى فى تكوين العقد، لأن الوصف ما هو إلا عنصر تابع في العملية العقدية، لا يتعلق بأى ركن من أركانها، وبالتالى فلا يجوز أن يرد الشرط على ركن الرضاء مثلا. وتوضيحا لهذا المعنى فانه اذا عرض شخص بيع شيئ لآخر لقاء ثمن محدد تحت شرط أن يفصح الأخير عن ارادته خلال مدة معينة، فان هذا التصرف يقع تحت صورة الوعد بالبيع من جانب واحد. وهو اتفاق بات، كوعد بالبيع، وبالتالى فالتزام البائع ليس التزاما موصوفاً، أى ليس التزاما متوقفا على شرط بالمعنى الفنى. فالبائع ملزم، منذ تمام الاتفاق على الوعد، بان يبقى على وعده، وينعقد العقد بمجرد اعلان الطرف الأخر رغبته في الشراء خلال الأجل المضروب. ولا يجوز فى هذا المثال أن نعتبر أن إعلان الرغبة، المشار اليه، شرطاً علّق عليه الالتزام، لان اعلام الرغبة، باعتباره تعبيراً عن القبول، هو ركن جوهرى فى العملية التعاقدية. وكذلك الحال فى بيع الاشياء المستقبلة، فهو ليس بيعاً معلقا على شرط وجود الشئ مستقبلا، لأن الشئ المبيع هو ركن فى الالتزام، ووجوده، أو على الاقل قابليته للوجود، بالتالى، عنصر جوهرى وليس مجرد وصف فى الالتزام. والبيع فى هذا الفرض هو بيع بات وليس بيعا معلقا على شرط.

وينقسم الشرط، الواقف أو الفاسخ، بالمعنى الفنى السالف ذكره، الى عدة أقسام بحسب الزاوية التى يؤتى من خلالها.

١ - قد يكون الشرط احتماليا، أو إراديا، وقد يكون مختلطا:

٤- فالشرط الاحتمالى Condition Causuelle : هو ذلك الذى يتوقف على محض الصدفة، دون أن يتوقف شئ منه على إرادة الدائن أو إرادة المدين، كأن يتعهد شخص بالالتحاق بالعمل لدي شخص آخر اذا انتهت الحرب خلال شهر مثلا، أو ان يشترك معه في بناء مصنع في الأراض المحتلة اذا حررت المنطقة من الاحتلال. فأمر انتهاء الحرب خلال الاجل المضروب فى المثال الأول، أو جلاء الاحتلال، فى المثال الثانى، لا يتوقف على إرادة اي من طرفى الاتفاق[١].

وعلى هذا النحو السابق، فإن الشرط هو أمر مستقبل بالضرورة. ولا يجوز بالتالى أن يتعلق الشرط بأمر حاضر أو ماض. فاذا كان الامر الذى عُلّق عليه الالتزام قد حدث فى الماضى، أو حدث لحظة الاتفاق، فانه لا يستحق وصف الشرط بالمعنى الفنى المعروض. ولا يغير من ذلك جهل المتعاقدين بهذه الحقيقة. فلو أن شخصاً وعد آخر بجائزة إذا تفوق فى سباق للسيارات، أو أن أبا وعد ابنه بجائزة مالية لو نجح فى الامتحان، أو وعده بشقة اذا تزوج، وكانت هذه الاحداث قد وقعت بالفعل وقت الالتزام، بأن كان الموعود له قد تفوق فى السباق، أو كان الابن قد سبق وتزوج، أو نجح فى الامتحان بالفعل فان الالتزام ينشأ، ولكنه ينشأ منجزاً غير معلق على الشرط المذكور. ويستوى فى ذلك ان يجهل الملتزم سبق تحقق الشرط، أو أن يجهل الدائن ذلك، أو أن يجهلا الحقيقة معا. وعلى العكس من ذلك إذا تبين أن الواقعة التى علق عليها

(١) م ٢٦٥ مدنى مصرى : «يكون الالتزام معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوجود». وراجع م ١١٦٩ مدنى فرنسى.

الالتزام قد تخلفت وقت الالتزام، أو فى وقت سابق على نشوئه، فان الالتزام لا تقوم له قائمة سواء جهل أحدهما، أو كلاهما، بحقيقة الامر أم لا.

ومن **ناحية ثانية**، فان الشرط، على نحو تعريفه السابق، هو أمر غير محقق الوقوع، وغير مستحيل أيضا. وهو ما يعنى دخوله **فى منطقة الاحتمال**[1]، وهى منطقة تتراوح بين امكانية حدوث الأمر أو عدم حدوثه على حد سواء.

٥- ويعبر بعض فقهاء الشريعة عن هذا المعنى بالقول أن مدلول فعل الشرط يجب أن يكون «لا محققا ولا مستحيلا». فاذا تعلق الشرط بأمر مستقبل محقق الوقوع كان أجلا وليس شرطا. فمن يلتزم بسداد الثمن، فى البيع، ايراداً مرتبا مدى حياة البائع، يكون التزامه مضافا الى أجل وليس معلقا على شرط، لأن لكل اجل كتاب طال الزمن أو قصر. وكذلك الحال فى كل التزام بموعد آت لا ريب فيه، فالتزام الموصى فى الوصية، مضاف الى ما بعد الموت، وهو أمر مؤكد على وجه اليقين. ولذات المعنى يكون التزام شركة

---

(١) يلاحظ أن هناك فرقا بين الشرط كوصف عارض يلحق بعنصر جوهرى من عناصر الحق ويمكن تصور قيام الحق بدونه، وبين مسألة أخرى هى الحق الاحتمالى. ففى الحالة الأولى يكون الحق مشروطا يتوقف وجوده أو زواله على أمر مستقبل غير محقق الوجود، أما فى الحالة الثانية (الحق الاحتمالى) فان الحق يعوزه عنصر من عناصره الجوهرية، ومن قبيل ذلك حق الموصى له قبل وفاه الموصى اذ أن من عناصره الجوهرية أن يتوفى الموصى مصراً على وصيته، وكذلك حق الشفيع قبل أن يعلن رغبته في الاخذ بالشفعة. ففي مثل هاتين الحالتين الاخيرتين لابد من توافر العنصر الجوهرى لقيام الحق، وهو موت الموصى مصراً على وصيته فى الحالة الأولى، واعلان الرغبة فى الشفعة فى الحالة الثانية، ولا يمكن تصور قيام الحق بغير العنصر المطلوب. وذلك بخلاف الشرط الذى يتصور قيام الحق بدونه، ويترتب علي هذه التفرقة أيضا أن الحق الاحتمالى يكتمل وجوده عند تحقق العنصر المشار اليه ومن وقت هذا التحقق، فى حين أنه فى حالة الشرط فان تحقق الشرط ينشئ الحق باثر رجعى من حيث المبدأ.

التأمين بدفع مبلغ التأمين للورثة، عند وفاة المؤمن عليه، التزاما مضافا الى أجل. غير أن الوقائع المحققة الوقوع فى ذاتها، غير المؤكدة في تاريخ حدوثها قد تصبح شرطا لا أجلا حسب صياغة الاتفاق المرتبط بها. فالموت أجل مؤكد، ولكن تاريخ حدوثه لا يعلمه الا الله سبحانه وتعالى، فاذا عُلّق التزام على الوفاة خلال مدة محددة، كان الالتزام معلقا على شرط، وليس مضافا الى أجل. ومثال ذلك أن تلتزم شركة التأمين بسداد مبلغ التأمين الى ورثة المؤمن له اذا توفى قبل بلوغ سن الستين، فالوفاة فى إطار هذا التحديد لا تعد امراً محققا، كما أنها لا تعد أمرا مستحيلا، وبالتالى تصلح فى هذا المثال شرطا. وكذلك الحال اذا وهب شخص مالا لشخصين على التعاقب بحيث لا تنتقل الهبة الى الثانى إلا إذا عاش بعد موت الأول. فالهبة الأولى فى هذا المثال تكون معلقة على شرط فاسخ هو موت الموهوب له الأول قبل موت الموهوب له الثانى، وتكون الهبة الثانية معلقة على شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثانى بعد موت الموهوب له الاول. فاقتران الموت فى هذه الفروض بشرط مع ملابسات اتفاقيه، على نحو ما ورد ذكره، يجعل الموت فى هذه الظروف غير محقق الوقوع وغير مستحيل ايضا، فيصبح الموت والحال كذلك شرطا وليس أجلا[١].

أما انتفاء الاستحالة، فتعنى، كما سبق، أن يكون مدلول فعل الشرط محتملا، فاذا تبين ان مدلول الفعل مستحيل التحقق[٢]، **استحاله مطلقة**، فان الالتزام لا يولد اصلا. وقد تكون الاستحالة مادية، كأن يعلق الالتزام على أمر

---

(١) السنهورى، الأوصاف، رقم ١٠.

(٢) م ٢٦٦/ ١ مدنى «لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط غير ممكن.

ليس فى مقدور أى انسان على الاطلاق، كالطيران في الهواء بغير أجهزة. وقد تكون استحالة قانونية، كأن يلتزم شخص بدفع اتعاب لمحام إذا حكم لصالحه فى طعن رفع بعد الميعاد القانونى، أو عن طعن فى حكم غير جائز الطعن فيه.

أما الاستحالة النسبية، فلا تحول دون صلاحية مدلول فعل الشرط. والاستحالة النسبية تعنى أن مدلول فعل الشرط غير ممكن الوقوع فى ضوء المعارف العلمية القائمة حالياً، ولكنه ليس مستحيلا فى ضوء التقدم والمفاجآت العلمية التى تتوالى باستمرار. ومن ذلك انه يجوز الالتزام بدفع جائزة لمن يتوصل إلى علاج لمرض فقدان المناعة المكتسبة (الايدز) مثلا، أو لمن يتوصل إلى علاج ناجع للسرطان، أو لفيروس الكبد الوبائى. ففي هذه الفروض لا تحول هذه الاستحالة النسبية دون فعالية الشرط والتعليق. لان مثل هذه الامور يمكن تحققها علميا فى أى وقت من الأوقات باكتشافات علمية مفاجئة بعد مثابرة علمية مكثفة[١].

---

(١) يلاحظ أن الشرط، واقفا أو فاسخا، ينشأ باتفاق طرفى الالتزام، سواء تضمن ذلك عقد أو نشأ عن ارادة واحدة منفردة. وقد تكون الارادة صريحة في معنى التعليق، وقد تكون ارادة ضمنية فيستفاد الشرط من ظروف التعاقد وملابساته. وعلى هذا النحو فان الشرط الذى يشترطه القانون لنشأة بعض الحقوق لا يعد شرطا بالمعنى الذى نعرض له. فالقانون حين يضع شرطا لنشأة الحق فان ما يضعه يعد عنصراً لازما لتكوين الحق ، فى حين ان الشرط الاتفاقى أو الارادى، الذى نعنيه في هذا المقام، هو أمر عارض خارج عن نطاق تكوين الحق، ويلحق بالحق وصفا فحسب، والاصل جواز ان يرد الشرط على كل الحقوق المالية شخصية كانت أو عينية. أما الحقوق المرتبطة بالاحوال الشخصية فالأصل فيها عدم جواز التعليق على الشرط وذلك لارتباطها بمراكز قانونية ينفرد القانون - من حيث المبدأ- بترتيب آثارها وأحكامها.

الشرط الارادى Condition potestative :

٦- يعتبر الشرط اراديا اذا كان مدلول فعله ممكن الوقوع، ولكن هذه الامكانية تتوقف على إرادة أحد طرفى الالتزام، الدائن أو المدين. وقد يكون متعلقا فى هذه الحالة، بمحض ارادة احد الطرفين، وهو الشرط الارادى Purement potestative . وهذا الشرط جائز اذا اعتمد على ارادة الدائن، ويكون باطلا اذا اعتمد على ارادة المدين. فمثلا يصح التزام البنك بتقديم قرض للعميل اذا كان تحقق هذا الالتزام معلقا على ارادة العميل، أى عندما يشاء. فالالتزام قد نشأ قانونا، والبنك ملتزم تماما بتعهده عندما يعلن العميل رغبته، حسب مشيئته، فى الحصول على المبلغ المتفق عليه. وكذلك الحال فى التزام البائع فى البيع بشرط التجربة وفقا للمادة ١٩٠ من القانون المدنى. ويطبق ذات الحكم فى حالة التعليق على شرط فاسخ، كما لو احتفظ المشترى بحق الرجوع فى البيع خلال مدة معينة (خيار العدول).

ولكن اذا كان **التعليق على محض مشيئة المدين** فان الحكم يختلف باختلاف ما اذا كان الشرط واقفا أم فاسخا. فاذا كان الشرط الارادي واقفا، وقع الشرط باطلا، وكذلك الالتزام الذى علق عليه. ومن ذلك أن أتعهد بأن أقرضك مبلغا من المال متى شئت أنا الملتزم. فالشرط الواقف هنا هو محض ارادة المدين، وبالتالى فان نشأة الالتزام ذاته تتوقف علي مشيئة المدين اذا شاء وكيفما شاء. وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ٢٦٧ مدنى بقولها «لا يكون الالتزام قائما اذا علق على شرط يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم».

غير أن الحكم يختلف اذا كانت ارادة المدين شرطا فاسخا للالتزام. ففى هذه الحالة يكون الالتزام قد نشأ صحيحا وانتج اثاره، ولكن زواله مستقبلا يتوقف على ارادة المدين، وهو أمر جائز. ومن ذلك عقد العمل تحت الاختبار، فلصاحب العمل فيه أن ينهى العقد بارادته، اذا شاء، اذا لم يسفر الاختبار، حسب تقديره، عن نتيجة ترضيه. وقد يتفق على أن شرط الاختبار لمصلحة العامل ايضا، وفى هذه الحالة للعامل أن ينهى العقد متى شاء اذا لم يرضى بدوره عن نتيجة الاختبار.

أما الشرط المختلط Condition mixte :

٧- وهو الشرط الذى يعلق فيه الالتزام على ارادة أحد طرفى الالتزام وارادة طرف ثالث. فمثلا ان يتعهد شخص ببيع منزله لآخر اذا هاجر ابنه الى الخارج. وقد عرفته المادة ١١٧١ من القانون المدنى الفرنسى بقولها «الشرط المختلط هو الذى يتوقف فى آن واحد، على ارادة المدين وارادة شخص آخر».

وعلى هذا النحو يجوز أن يعلق التزام المدين مثلا على زواجه من أمرأة بذاتها، اذ أن الزواج فى هذه الحالة لا يتوقف علي محض مشيئة المدين، بل يتوقف ايضا على ارادة الطرف الآخر في عقد الزواج.. أما اذا علق الالتزام على مجرد قيام المدين بالزواج، دون تحديد آخر، فان الشرط يعد اراديا محضا، وليس شرطا مختلطا.

ولذلك لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (بيع أطيان موقوفة) بانه معلق على شرط احتمالى، اذا كان رهينا بمشيئة أحد المتعاقدين فقط. ذلك لان الشرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات البحتة دون أن يتعلق بارادة الإنسان، ولكن اذا كانت الالتزامات الناشئة عن العقد قد علقت

على شرط موافقة غير المتعاقدين (هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البدل، وهى من الاغيار بالنسبة لطرفى العقد) فان تكييف العقد بأنه التزام معلق على شرط واقف يضحى هو التكييف الصحيح». (راجع وقارن نقض ٧/ ٦/ ١٩٦٦، المجموعة س ١٧، ص ٣٢٣).

٢ - يجب أن يكون الشرط مشروعا :

٨- اشترطت المادة ٢٦٦ من القانون المدنى أن يكون الشرط غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة(١).

ويقصد بمخالفة الآداب العامة الاصطدام بالاخلاقيات السائدة في المجتمع، وهو أمر يتوقف على تقدير القاضى، فى الزمان والمكان، عندما يعرض عليه النزاع. أما مخالفة النظام العام فتتحقق عندما تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة، وتتحقق أيضا فى حالات تكون الواقعة المشروطة مشروعة ولكن اشتراطها هو الذى يقع غير مشروع.

ومن أمثلة ***الفرض الأول*** اشتراط ارتكاب جريمة معينة، فالواقعة هنا غير مشروعة فى ذاتها، فلا يصح أن تكون شرطا واقفا، لأن معنى ذلك الحث على ارتكاب الجريمة. ولكن - وعلى العكس من ذلك - يصح أن تكون الواقعة غير المشروعة شرطا فاسخاً، اذ يكون الهدف، فى هذه الحالة، هو منع حدوثها، ومن ذلك اشتراط فسخ الهبة اذا ارتكب الموهوب له جريمة معينة.

أما ***الفرض الثانى***، ففيه تكون الواقعة مشروعة ولكن اشتراطها هو الذى يضحى غير مشروع، ومن ذلك أن واقعة عدم الزواج هى واقعة مشروعة فى

---

(١) م ٢٦٦ مدنى/ ١ «لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا اذا كان الشرط واقفا. أما اذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم».

ذاتها ولكن اشتراطها كشرط فاسخ يصبح مخالفا للنظام العام فى بعض الظروف، كأن يهب شخص مالا لآخر على أن تفسح الهبة في حالة الزواج من آخر، كذلك الحال اذا وهب شخص لاخر مالا على أن تفسخ الهبة اذا لم يقم الموهوب له بقتل شخص معين. فرغم مشروعية عدم القتل الا أن وضعه شرطا فاسخاً ، في هذا المثال، يؤدى إلى عدم مشروعية الشرط.

٣ - الشرط الواقف والشرط الفاسخ :

الشرط الواقف :

٩- وهو الشرط الذى يتوقف على وجوده وجود الالتزام (م ٦٥ ٢ مدنى). ومعنى ذلك أنه اذا تحقق الشرط نشأ الالتزام واذا تخلف لم ينشأ. ومن قبيل ذلك أن يلتزم الأب بجائزة لابنه اذا نجح فى الامتحان، أو بشراء سيارة اذا تزوج خلال فترة معينة.. ففي مثل هذه الحالات يتوقف نشأة الالتزام على النجاح فى الامتحان او على زواج الابن.

وقد أشرنا فيما سبق الى ضرورة ان يكون الشرط غير مخالف للنظام العام أو الآداب. وقد نصت المادة ٢٦٦ من القانون المدنى على أنه اذا علق الالتزام على شرط واقف غير ممكن او مخالف للنظام العام أو الآداب العامة فان الالتزام لا يكون قائما، ومعنى ذلك أنه فى هذه الحالات لا وجود للشرط ولا يتصور قيام الالتزام بدوره.

---

(١) م ٢٦٦/ ٢ مدنى «ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، اذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام».

الشرط الفاسخ :

١٠- هو الشرط الذى يتوقف على وجوده زوال الالتزام. ومعنى ذلك أن الالتزام ينشأ منذ لحظة الاتفاق، ولكن استمراره منوط بعدم تحقق الشرط الفاسخ، فاذا تحقق الشرط زال الالتزام. ومن ذلك أن يلتزم شخص بهبه على أن تفسخ اذا رزق الواهب بطفل. ففى هذه الحالة يقوم الالتزام حالا، ويصبح واجب التنفيذ باعطاء الهبة للموهوب له، فاذا حدث فى وقت لاحق أن تحقق الشرط الفاسخ زالت الهبة وتعين على الموهوب له ان يرد المال الموهوب للواهب. ويلاحظ ان الشرط الفاسخ قد يعد شرطا واقفا اذا نظر اليه من جانب الطرف الاخر. ففى المثال السابق يعد الموهوب له ملتزماً بالرد تحت شرط واقف هو ان يرزق الواهب ولدا. وكذلك الحال اذا انتقل اى حق عينى لشخص تحت شرط فاسخ، اذ يعد هذا الشرط الفاسخ شرطا واقفا بالنسبة للمالك السابق اذ تعود اليه الملكية عند تحقق الشرط.

وأخيراً يلاحظ أن الشرط الفاسخ لابد أن يكون مشروعا وغير مستحيل، كما هو الحال فى الشرط الواقف. غير أن اثر تخلف هذه الاوصاف يختلف فى الشرط الفاسخ عنه فى الشرط الواقف.

وقد حددت المادة ٢٦٦ هذه المغايرة فى الاثر بنصها: «... أما اذا كان الشرط فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم». بمعنى ان الشرط الفاسخ المستحيل أو المخالف للنظام العام أو الآداب العامة يسقط وحده، ولا يسقط معه الالتزام الذى علق عليه. ومع ذلك فقد اضافت الفقرة ٢ من المادة المذكورة حالة يسقط فيها الالتزام نتيجة لمخالفة الشرط للنظام العام أو الآداب العامة، وهى حالة ما اذا كان الشرط هو السبب الدافع للالتزام.

ومفـاد كل ذلك أن المبـدأ هو ان استـحالة الشـرط الفاسخ، او مـخالفـتة للنظام العام أو الاداب العامة، تؤدى الى اعتـبار هذا الشرط غير قائم، دون ان يؤثر ذلك على استمـرار الالتزام الذى علق عليه صحيـحا ونافذا وباتاً، بمعنى أنه يستمر الالتزام غـير مهدد بالفسخ. أما الاستثناء فهـو الحالة التى يزول فيها الالتـزام ايضا، نتـيجـة لكون الشرط الفـاسخ مخـالفا للنظام الـعام أو الآداب العامة، وهى الحالة التى يكون فيها الشـرط سببا دافعا للالتزام، بحيث لولاه لما اقـدم المدين على الالتزام اصـلا. ففي هـذا الفرض يكون الارتبـاط وثيقـا بين الشرط الفـاسخ وبين نشأة الالتـزام ذاته، بحيث لا يتـصور قيـام الالتزام دون وجود هذا الشرط.

ومن قبيل ذلك التزام شخص بدفع ايراد مـرتب مدى الحياة لسيدة تربطه بها علاقة غير مشروعة على ان ينفسخ الالتزام اذا انقطعت العلاقة من جانبها. ففي هذه الحـالة يكون الشرط باطلا لمخـالفتة للاداب العـامة، ويسـقط الشرط لهذا السبب، ولكن يسـقط معه الالتزام ايضـا، لان الشرط كان هو الدافع الى الالتزام[١].

---

(١) يلاحظ أيضا فى مقـام المقابلة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ اخـتلاف اثر التعليق على شرط ارادى محض، فإذا كـان شرطا واقفا وتعلق بإرادة المدين المحضة فـإن الالتزام لا ينشأ. (م٢٦٧ مدنـى) أما اذا كان شـرطا فاسـخا فـان الالتزام ينشـأ ويتوقف اسـتمـراره على ارادة المدين. راجع السنهورى، رقم ٢١.

المبحث الثاني

آثـــر الشـــرط

يختلف أثر الشـرط فى مرحلة التعليق عنه فى مـرحلة ما بعد انتـهاء هذه المرحلة. وفى الحالتين يختلف أثر الشرط الواقف عن الشرط الفاسخ.

أولا - اثر الشرط فى مرحلة التعليق :

أ - الشرط الواقف :

١١ - تنص المادة ٢٦٨ مدنى على أنه «اذا كـان الالتزام معلقـا على شرط واقف فلا يكـون نافذاً الا اذا تحقق الشـرط، أما قـبل تحقق الشـرط، فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتـنفيذ الاختيارى، على انه يجوز للدائن ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه».

ومـــؤدى هذا النص أن الحق المعـلق على شـــرط واقف هو فى مـــرحلة وسطى بين كمال الوجود ونقـصانه، فهو حق قائم ولكنه غير مـؤكد الاكتمال والنفاذ.

ويترتب على كلٍ من هذين المعنيين نتائج مختلفة :

فمن **ناحية اولى** يترتب على قيام الحق عدة نتائج هامة هى : -

١ - ان أهلية المدين ينظر اليها وقت الالتزام وليس وقت تحقق الشرط.

٢ - أن حق الدائن ينتقـل منه الى غيره بالميـراث وغير ذلك من أسـباب انتقال الحقوق، وهو ينتقل بذات وصفه اى معلقا على ذات الشرط.

٣ - انه يجـوز لصاحب الحق أن يرفع على مـدينه دعوى بـاثبات صـحة

توقيعه على سند الالتزام. ولكن لا يجوز له رفع دعوى بصحة ونفاذ الالتزام، لان النفاذ مازال معلقا على الشرط.

٤ - ان حق الدائن يخضع للقانون السارى وقت الاتفاق وليس للقانون السارى وقت تحقق الشرط.

٥ - انه يجوز للدائن ان يتخذ كافة الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه، كوضع الاختام وتحرير قوائم الجرد وقيد الرهون وتجديد القيد والتدخل فى القسمة وطلب فرض الحراسة. كما ان له ان يستعمل دعوى مدينه غير المباشرة ودعوى الصورية، وله ان يطلب ترميم الشئ أو صيانته من التلف، أو أن يتدخل فى الدعاوى المرفوعة من مدينه أو عليه.

ومن **ناحية اخرى** يترتب على عدم اكتمال الحق نتائج عكسية هى :

١ - ان المدين لا يكون ملزما بالوفاء قبل تحقق الشرط، فاذا اوفى خطأ كان له ان يسترد ما دفعه بغير وجه حق.

٢ - لا يجوز للدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) حيث ان من شروطها ان يكون حق الدائن مستحق الاداء (م٢٣٧ مدنى)، والحق المعلق على شرط واقف ليس كذلك.

٣ - لا يجوز للدائن ان يمارس حجزما للمدين لدى الغير أو ان يمارس أى حجز تحفظى آخر، لان حقه غير مؤكد الوجود وغير حال الاداء. ولكن له، اذا ما قام دائن آخر بحجز ما للمدين لدى الغير، ان يتدخل فى التوزيع على ان يودع ما يقابل حقه خزانة المحكمة معلقا فى قبضه علي تحقق الشرط. ولا يجوز للدائن - ومن باب اولي - ان يتخذ اى اجراءات حجز تنفيذى قبل المدين.

٤ - لا تبدأ مدة التقادم المسقط للحق الا منذ تحقق الشرط الواقف.

٥ - لا تجوز المقاصة بين الحق المعلق على شرط واقف وحق آخر بات، لان الدينين، والحال كذلك، ليسا من درجة واحدة.

٦ - اذا تعلق الشرط بنقل حق عينى على شئ معين بالذات ظلت الملكية للمدين (اذ يكون فى فترة التعليق مالكا تحت شرط فاسخ)، ويكون له بالتالى كافة حقوق المالك وصلاحياته المادية والقانونية. فله سلطة الاصلاح والترميم، وله دعاوى الملكية ووضع اليد بالنسبة للشئ، ويجوز لدائنيه ان يحجزوا عليه تحت يده.

ب- الشرط الفاسخ :

١٢- الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ، وبالتالى ينتج آثاره منذ وجوده، غاية الامر ان هذا الالتزام مهدد بالزوال اذا تحقق الشرط الفاسخ. فالحق «موجود على خطر الزوال». ويترتب على كل من المعنيين السابقين نتائج قانونية تتفق مع منطقه.

فمن **ناحية أولى** يترتب على كون الحق موجودا ونافذا النتائج الاتية :

١ - ان المدين ملزم بالوفاء حالا، فاذا أوفى فقد أوفى بما هو مستحق الأداء، فلا يجوز له الرجوع فيه او استرداد ما أوفى به.

٢ - أن ينظر الى أهلية الالتزام، وكذلك الى القانون الواجب التطبيق، وقت التعاقد، وليس وقت تحقق الشرط.

٣ - أن لصاحب الحق ان يتخذ الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه، **وله اتخاذ الاجراءات التنفيذيه لاستيفائه**. وله ان يتصرف فيه، كما أن له

أن ينقله الى غيره بكافة الوسائل القانونية، ولكن موصوفاً بذات وصفه، أى «على خطر الزوال».

واذا كان موضوع الحق انتقال الملكية، فهى تنتقل فورا فى المنقول المعين بالذات، وبالافراز فى المنقول المعين بالنوع، وبالتسجيل فى العقارات، واذا انتقلت للدائن ملكية عقار جاز له ان يطلب بالشفعة استنادا الى هذه الملكية (بعكس حالة المالك تحت شرط واقف حيث لا تجوز له الشفعة أثناء فترة التعليق).

٤ - ان مدة التقادم المسقط للحق تبدأ من وقت العقد، اذا لم يتخذ الدائن اجراءات المطالبة بحقه. كما يجوز للمالك تحت شرط واقف ان يحتسب مدة وضع يده لحسابه من ذلك الوقت، فاذا ما تحقق الشرط بعد تمام المدة ثبتت له الملكية بالتقادم المكسب.

٥- يتحمل المالك تحت شرط فاسخ تبعة هلاك العين.

٦ - يجوز لدائنى المالك تحت شرط فاسخ ان ينفذوا على المال تحت يده، ويكون التنفيذ بدوره معلقا على ذلك الشرط الفاسخ.

ومن **ناحية أخرى** تترتب على **كون الحق «على خطر الزوال»** نتيجتان أساسيتان:-

١ - انه لا تجوز المقاصة به فى دين منجز.

٢ - ان انتقال الحق من صاحبه الى غيره يكون انتقالا محدداً بذات الوصف، أى التعليق على الشرط الفاسخ.

ثانيا- أثر الشرط بعد انتهاء التعليق

أ - انتهاء التعليق : كيفية تحقق الشرط :

١٣- ينتهى التعليق بثبوت احد امرين: إما تحقق الشرط، وإما ثبوت تخلفه نهائيا، كل ذلك في الوقت الذى اتفق عليه الطرفان، وبصفة عامة على النحو الذى تراضيا عليه. وهى قاعدة بدهية نص عليها المشرع الفرنسى صراحة فى المادة ١١٧٥ من القانون المدنى حيث قررت «يجب ان يكون تحقق الشرط على النحو الذى يثبت ان الطرفين قد قصدا اليه».

وحين يثور خلاف فى هذا الصدد فان على القاضى ان يستظهر النيه المشتركة للطرفين. وتثير هذه المسألة ثلاثة تحديدات :

التحديد الأول : استظهار مضمون الشرط وحدوده :

١٤- قد يختلف الطرفان فى شأن مضمون الشرط. ومن قبيل ذلك، الاختلاف حول مدى تحققه، وهل تحقق على النحو المقصود فى الاتفاق ام لم يتحقق. مثال ذلك ان يعلق الالتزام على الزواج.. وهل يقصد بذلك تمام الزواج فعلا أم مجرد بذل الجهد المعقول لاتمامه ولو لم يتم.

والاصل، فى مثل هذه الحالة، أن تتحقق الواقعة موضوع الشرط كاملة اى تامة باعتبارها نتيجة حاسمة قصد اليها الملتزم. وفى المثال المعروض، يجب ان يتم الزواج، وليس مجرد بذل الجهد فى سبيل اتمامه. وكذلك الحال لو تعلق الالتزام على النجاح فى امتحان أو مسابقة. ولكن ليس هناك ما يمنع، فى ظروف معينة، أن يستظهر القاضى ان المقصود هو بذل العناية فحسب، كمن يلتزم بدفع هبة نقديه في حالة العلاج لدى طبيب بذاته، إذ يكون المقصود هو العلاج، وليس تحقيق نتيجة محددة هى الشفاء من المرض.

كذلك قد يختلف الطرفان فى تحديد الشخص الثالث الذى ارتبط الشرط بارادته.. كالالتزام بهبة معلقة على شرط الزواج، وهل المقصود الزواج بشخص بذاته أم المقصود الزواج من اى شخص. والقاضى هو الذى يتولى التفسير بحثا عن النية المشتركة وملابسات الاتفاق.

التحديد الثانى: تحقق الشرط خلال الحيز الزمنى المقصود:

١٥- قد يرتبط الشرط بوقت معين يجب ان يتحقق خلاله، وفى هذه الحالة يتخلف تحقق الشرط اذا مضت الفترة الزمنية المحددة دون وقوع الحدث المشروط. إذ يعتبر الشرط قد تخلف نهائيا حتى ولو تحقق فى وقت لاحق.

أما اذا لم يحدد الطرفان زمنا لتحقق الشرط فإنه يتحقق فى أى وقت دون تحديد معين. ومع ذلك فمن المتصور ان يصبح من المؤكد تخلف الشرط نهائياً بعد فترة من الوقت. وقد قضى فى هذا المعنى «أنه اذا علق الالتزام على شرط هو الا يقع امر في وقت معين، فان الشرط يتحقق اذا انقضى الوقت دون ان يقع هذا الامر، وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت اذا اصبح من المؤكد انه لن يقع، فاذا لم يحدد وقت فان الشرط لا يتحقق الا عندما يصبح مؤكداً عدم وقوع الامر، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه امراً يبلغ حد اليقين. وتقرير ذلك بأدله مبررة عقلا مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع» (نقض ٢١ مارس سنة ١٩٧٦- المجموعة س ٢٧ ص٨٣٨).

وينطبق مجمل القول السابق على الشرط الايجابى، أى ذلك الذى يكون موضوعه حدوث امر معين، كأن يعلق شخص التزامه على عودة إبنه المفقود خلال مدة محددة. فاذا انقضت المدة دون عودة الابن تخلف الشرط نهائيا.

ولا يجوز للقاضى مد المدة على أى نحو كان. كما ان مدة الشرط ليست مدة تقادم، وبالتالى لا يرد عليها وقف او انقطاع، وتسرى بالتالى في حق القاصر وناقص الاهلية، ولو لم يكن له من يمثله قانونا. ويتخلف الشرط فى مثل هذه الحالة المذكورة اذا تأكد ذلك ولو قبل انقضاء المدة المتفق عليها، كما لو ثبتت وفاة الابن على نحو مؤكد. كما ينطبق هذا القول على الشرط السلبى أى ذلك الذى يتعلق بعدم حدوث أمر معين، كان يعلق الالتزام على عدم انجاب المدين لابناء خلال مدة محددة، فاذا لم يرزق المدين بابن خلال المدة تحقق الشرط، واذا رزق تخلف الشرط نهائيا. كما قد يتحدد مصير الشرط نهائياً قبل فوات المدة المحددة اذا تأكد الامر باتا قبل انقضائها، كما لو وقع للمدين حادث اصبح معه عقيما لا يرجى له خلف، او توفيت عنه زوجته التى اشترط أن يكون الولد منها.

التحديد الثالث: الا يكون تحقق الشرط أو تخلفه بغش من صاحب المصلحة :

١٦ - يتضمن هذا التحديد قاعدة عامة مؤداه أن الغش يرتد على صاحبه ويفسد مسعاه. وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن نصا تفصيليا يطبق هذه القاعدة على حالة الشرط هو: ١- يعتبر الشرط قد تحقق اذا كان الطرف الذى له مصلحة فى ان يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحقيقه. ٢-لا أثر للشرط الذى تحقق اذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى ان يتحقق».

وجاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى تعليقا على هذا النص: « ١- أنه يواجه فرضين: **أولهما** يعرض حيث يحول صاحب المصلحة فى تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش، كما هو الشأن فى المدين بالتزام

معلق على شـرط واقف، أو الدائن بالتزام معلق على شـرط فـاسخ. وفى مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قـد تحقـق ولو أنه لا يزال متخـلفا فى حكم الواقـع، جزاء مـا وقع من غش المدين او الدائن بحسـب الاحوال. ٢- **والثاني** يعرض حين يعـمـد صاحب المصلـحة، على نقـيض مـا يقع فى الفـرض الأول، الى تحقـيق الشرط بطريق الغش، كما هو الشأن فى الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كـالمستأمن اذا انتحـر أو تسبب في الحريق عمـداً) والمدين بدين معلق علـى شرط فـاسخ. ولا يترتب على تحقق الشرط في هذا الفـرض اثرا ما، بل يبرأ المدين من التـزامه، أو يظل مرتبطا به نهائياً، رغـم تحقق الشرط الموقف أو الفاســخ. ومـن الواضح ان إقرار هذا الحكم قـصد به قمع مـا يقع من غـش مـن المدين او الدائـن بحسـب الاحوال». (مـذكـرة مـشـروع تنقـيح القـانون المدنى-٢- ص٤٠٨ و ٤٠٩).

ورغم حذف مـشروع الحكم المعروض من بين نصـوص القانون المدنى، الا ان هذا الحذف انما جـاء لامكان استخـلاص الحكم من القواعد العـامة فى القانون المدنى، كما سبق ان المحنا.

ولكن يلاحظ ان تحقـق الشرط، أو تخلفه، بفـعل المستـفيد لا يشـترط ان يبنى علـى الغش بالمعنى الصــحيح، بل يكفـى أن يكون بفـعل خــاطئ منه فحسب.

ومن تطبيقات الفكرة السابقة، أنه اذا تعـهد شخص لسمسار بان يدفع له مبلغا من المال اذا توسط فى بيع عقار بثمن مناسـب، ووجد السمسار المشترى ولكن العميل امتنع عن البيع او اهمل فى الاستجـابة للصفقة بما اضاعها، فان الشرط يعد متحققا حكما، ويستـحق السمسار عمولته. كذلك لو اتفق موكل

مع احد المحامين على اتعاب تستحق عند كسب الدعوى، فتسبب الموكل فى خسرانها بخطئه أو اهماله. ايضا لو ان مشتريا تعاقد تحت شرط الحصول على قرض من البنك، ثم تقاعس، عمدا أو اهمالا، عن اتخاذ اجراءات القرض تهربا من العقد... الخ.

ب- اثر تحقق الشرط او تخلفه :

ا - اثر تحقق الشرط الواقف :

١٧ - اشرنا فيما سبق إلى ان الدائن تحت شرط واقف هو صاحب حق، وان كان حقه غير مؤكد وغير نافذ حالا. وأشرنا الى الاثار المترتبة على هذه الحالة فى جانبيها (الايجابى وهو جود الحق، والجانب السلبى وهو عدم تأكيده وعدم نفاذه).

فاذا ما تحقق الشرط زالت عن الحق اوجه ضعفه وأوجه عدم نفاذه، واصبح حقا باتا نافذا، وبالتالى اصبح مستحق الاداء (م ٢٦٨ مدنى)[١]، ويترتب على ذلك ان يصبح المدين ملزما بالوفاء منذ تحقق الشرط، واذا كان قد سبق له الوفاء قبل الأوان فلا يجوز له ان يسترد ما اوفى به. وتجوز المقاصة بالحق بعد تحقق الشرط. ويجوز لصاحب الحق ان يتخذ ضد المدين كافة الاجراءات التنفيذيه، وأن يستعمل الدعوى البوليصيه للتنفيذ بحقه على المال موضوعها. وأخيرا فانه اذا كان موضوع التصرف حقا عينيا على شئ معين بالذات اصبح هذا المال ملكا خالصا باتا للدائن دون المدين. فضلا عن ان تحقق الشرط يرتد الى الماضى اى يتحقق باثر رجعى الى وقت الاتفاق.

---

(١) اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط.

وعلى النقيض مما سبق اذا تخلف الشـرط الواقف، انعدم الحق الذى كان موقـوفا واعـتبـر كأن لم يكن له وجـود فى أى وقت من الاوقات، وينقـضى بالتالى أى التزام مقابل له. ويترتب على ذلك زوال كافة الاجراءات التحفظية أو غيرها مما يكون الدائن قـد اتخذه اثناء فترة التعليق، كمـا ان عليه ان يرد ما يكون قد قبضه، اذ اصبح قبضه بغير حق على وجه اليقين.

٢ - اثر تحقق الشرط الفاسخ :

١٨- نصت المادة ٢٦٩ مـدنـى على : ١- يتـرتب على تحـقق الشـرط الفاسخ زوال الالـتزام، ويكون الدائن ملزمـا برد ما أخذه، فـاذا استـحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليـه التعويض. ٢- على أن اعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذه رغم تحقق الشرط».

ويضع هذ االنص المبـدأ فى زوال الالتـزام اذا تحقق شـرطه الفاسخ، ومـا يتـرتب على هذا الزوال من آثار يتعـين تسويتـهـا. ثم اسـتثنى المشـرع من هذا الزوال أعمال الادارة التى صدرت اثناد فترة التعليق.

اما بالنسبة للمبدا، فان تحقق الشرط الفاسخ يعـدم الالتزام ويعيده عدما أى كأنه لم يوجد فى أى وقت من الأوقات. ويتحقق هذا الزوال بقوة القانون دون حـاجة الى حكم قـضـائى (مـا لم يحدث نزاع بين الطـرفين حول تحـقق الشرط من عدمه). فالانفسـاخ تلقائى بحكم الشرط الفاسخ، وحتى لو تدخل القضـاء، فان حكمـه لا ينشئ الفسخ، بل يكون فـقط مقـرراً له وكاشـفا عن حدوثه.

ويترتب على الفسخ زوال التصرفات التى صدرت عن الدائن تحت شرط فاسخ اثناء فترة التعليق، اذ تصبح هذه التصرفات - وقد تحقق الشرط - صادره عن غير ذى صفة، ويجب عليه بالتالى أن يرد للمدين ما يكون قد قبضه، الا اذا استحال عليه الرد لسبب اجنبى لا دخل له فيه. أما اذا تعذر الرد لسبب يعود الى الدائن فان عليه ان يعوض المدين عن عدم الرد.

وعلى عكس ما سبق، اذا تخلف الشرط الفاسخ، اصبح الالتزام غير مهدد واستقر فى ذمه صاحبه دون خطر الزوال، وتنأى جميع تصرفاته ايضا عن خطر الزوال. وعلى العكس فان المدين اذا كان قد تصرف، او اتخذ أى اجراء (بإعتبار أنه صاحب حق معلق على شرط واقف)، فان ما اتخذه يزول بأثر رجعى دون حاجة الى حكم او اتخاذ اى اجراء.

اما الاستثناء الذى أوردته المادة ٢٦٩ مدنى على نتائج تحقق الشرط الفاسخ فيتعلق بابقاء أعمال الادارة. فالمالك تحت شرط فاسخ له ادارة المال، حال وجوده تحت يده، وما يصدر عنه من أعمال تلك الادارة يبقى قائما رغم زوال الملكية بتحقق الشرط الفاسخ. وهذا الحكم يبنى - فى ظل القانون المدنى- على ان اعمال الادارة - ومنها ابرام عقود الايجار - هى اعمال لازمة لتسيير الشئون المالية للاشياء، فضلا عن انها لا تمس اصل رأس المال، وبالتالى فان خطورتها محدوده الاثر بالنسبة له. وكل ذلك يتفق مع القيود الزمنية[1] التى يضعها القانون المدنى على سلطة من يملك الادارة.

ومن أعمال الادارة الاخرى - غير التأجير - قبض الاجرة، بيع الثمار والمحصولات، قيد الرهون وتجديدها، اجراءات التسجيل، تطهير العقار المرهون، كذلك القسمة رضائية أو قضائية.

(١) من ذلك ان من يملك الادارة لا يملك التأجير لمدة تجاوز ثلاث سنوات.

جـ- الأثر الرجعي للشرط :

١٩- للشـرط أثر رجعي، هكـذا تنص المادة ٢٧٠ مدني : «١- اذا تحـقق الشـرط اسند اثـره الى الوقت الذى نشـأ فـيـه الالـتـزام، الا اذا تبين من اراده المتـعاقـدين، أو من طبيـعة الـعقـد أن وجود الالتـزام، أو زواله، إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط». «٢- ومع ذلك لا يكون للشرط اثر رجعى، اذا اصبح تنفـيذ الالتزام قـبل تحقق الشرط غـير ممكن لسبب اجنـبى لايد للمدين فيه».

ويثيـر هذا النص مشكلة الاثر الرجـعى لتحـقق الشرط وما يـترتب على ذلك من نتائج، كما يثير مسألة ما يرد على الاثر الرجعى من استثناءات.

تفسير الاثر الرجعى للشرط :

٢٠- فكرة الأثر الرجـعى ليـست فكرة حديثـة، بل هى فكرة مـوغلة فى القدم، فقد عرضها القـانون الرومانى الذى تضمن بعض النصوص التى تشير الى الاثر الرجعـى للشرط. وفى القانون المـدنى الفرنسى القديم اشـار الفقـيه الفرنسى بوتييه الى هذا الاثر الرجعى، **ولكنه رتب عليه نتيجتين محدودتين:**

الاولى : تتـعلق بوفاة الدائن قـبل تحقق الشـرط، وفي هذه الحالة ينتـقل الحق الى الورثة، حيث يعد الحق قائما فى ذمـة الدائن من يوم انعقاد التصرف إعمالا للاثر الرجعى للشرط.

والنتيجة الثانية : هى أن الالتزام المعلق على الـشرط اذا كان مضـمونا برهن، فان هذا الرهن يحتفظ باسبقيـته من يوم انعقاد التصرف رغم ان الشرط تحقق فى تاريخ لاحق للانعقاد.

وفي القانون المدنى الفرنسى الحالى نصت المادة ١١٧٩ صراحة على الأثر الرجعى للشرط، وعلى هذا النحو سارت المادة ٢٧٠ من القانون المدنى المصرى.

وقد ثار **جدل فقهي** حول اساس فكرة الاثر الرجعى، **فذهب البعض** الى ان الاثر الرجعى مجرد مجاز قانونى، أو حيلة قانونية. ومن مزايا هذا التفسير انه يجعل من الاثر الرجعى استثناء لا يجوز التوسع فيه او القياس عليه، وعلى نحو لا يسمح بنتائج الرجعيه الا في الحدود التى صرح بها المشرع فى نصوصه، ومع ذلك فان تفسير المجاز او الحيلة القانونية لا تقدم تفسيرا للسبب الذى من أجله اعتمدها المشرع. ويذهب **رأى ثان** الى تفسير الاثر الرجعى بقاعدة ان فاقد الشئ لا يعطيه، فصاحب الحق المعلق على شرط فاسخ، او على شرط واقف، لا يستطيع ان يتصرف فيه الا موصوفا بهذا الوصف، والا كان فى تصرفه إعطاءً لاكثر مما يملك. وهذا الرأى الثانى لا يفصح بوجه كاف ومنطقى، عن سند الربط بين الاثر الرجعى للشرط وقاعدة ان فاقد الشئ لا يعطيه ما دام ان الدائن حين يتصرف فى حق انما يتصرف فيه فى حدود حالته ووصفه دون تجاوز.

لذلك ينتهى **الفقه الحديث** الى اعتبار ان فكرة الاثر الرجعى هى ببساطة تعبير عن نية الطرفين، فهى قاعدة، تفسر هذه النية، على اساس ان هذين الطرفين قد قصدا الى إرجاع آثار الشرط الى وقت التعاقد وليس قصرها عند وقت تحقق الشرط.

ورغم بساطة هذا التفسير الاخير الا انه يتضمن فى الحقيقة افتراضا قسريا لاتجاه الارادة، فالارادة لا تنصرف ببساطة الى هذا المضمون الشائك

والمعقد لفكرة الاثر الرجعى، وما يترتب عليها من نتائج، وما يحيط بها من ضوابط.

نتائج الاثر الرجعى للشرط وما يرد عليها من استثناءات :

٢١- أشرنا فيما سبق لنتائج تحقق الشرط سواء فى حالة الشرط الواقف، أو فى حالة الشرط الفاسخ، وقد اشرنا الى استثناء هام يتعلق باعمال الادارة (م٢٦٩ مدنى)[١]. ونضيف الى هذا الاستثناء عدة استثناءات أخرى هى :

١ - **استبعاد الاثر الرجعى بالاتفاق** (م ٢٧٠ مدنى) : حيث يجوز للطرفين الاتفاق على ان اثار تحقق الشرط تقتصر على المستقبل دون الماضى، أى ان تحقق الشرط لا يطبق بأثر رجعى، ولا يمس بالتالى ما تم من تصرفات اثناء فترة التعليق. كأن يتفق على ان الرهون التى يقررها المالك تحت شرط فاسخ تبقى نافذه فى حق من عادت اليه الملكية.

٢ - **طبيعة العقد** : قد تقتضى طبيعة العقد استبعاد الاثر الرجعى للشرط، وهذه هى الحال فى العقود الزمنية، حيث ان ما يمضى من الزمن لا يعود، وبالتالى لا يمكن إعادة الحال الي ما كانت عليه باثر رجعى، فانتهاء عقد الايجار، لتحقق شرط فاسخ، لا يتصور الا ان يكون انهاءً لهذا العقد بالنسبة للمستقبل فحسب.

(١) يلاحظ أن استثناء أعمال الادارة من الاثر الرجعى الشرط يطبق فى حالة الشرط الواقف كما في حالة تحقق الشرط الفاسخ.

٣ - ***استحالة تنفيذ الالتزام، قبل تحقق الشرط، بسبب اجنبى*** : وهو ما نصت عليه المادة ٢٧٠/ ٢ مدنى : « لا يكون للشرط اثر رجعى اذا اصبح تنفيذ الالتزام، قبل تحقق الشرط، غير ممكن لسبب اجنبى لا يد للمدين فيه».

ومن قبيل ذلك ان يهلك محل الالتزام بسبب اجنبى، ثم يتحقق الشرط بعد ذلك، فى هذه الحالة لا يكون لتحقق الشرط اثر رجعى، يستوى فى ذلك ان يكون الشرط واقفا او فاسخا.

فاذا بيعت عينٌ معينة تحت شرط واقف، ثم هلكت بسبب اجنبى، قبل تحقق الشرط، فان استبقاء الأثر الرجعى للشرط يعنى انعقاد العقد صحيحا على محل قائم وقت الاتفاق، ولا اثر للهلاك الطارئ بعد العقد، وهو ما يعنى تطبيق قواعد تبعه العقد. والقانون المصرى يربط بين تبعه هلاك الشئ والتسليم، فيكون الهلاك على البائع، ما دام لم يسلم الشئ للمشترى، ويكون الهلاك على المشترى اذا كان قد تسلم العين وهلكت تحت يده. ومن هنا يبدو أهمية استبعاد الاثر الرجعى للشرط فى حالة الهلاك عملا بالمادة ٢٧٠/ ٢ مدنى، **فهلاك العين يحول دون نشأة الالتزام لتخلف المحل**، وبالتالى لا يكون للعقد اى اثر بعد ذلك، ويترتب على هذا المنطق فى نهاية المطاف ان تقع تبعه الهلاك على المالك، وهو البائع، سواء كان الهلاك قبل التسليم او حتى بعد التسليم.

اما اذا كان الشرط فاسخا، وهلكت العين المبيعة بسبب اجنبى قبل تحقق الشرط، فان تحقق الشرط بعد ذلك بأثره الرجعى كان يؤدى الى اعتبار العقد غير قائم فى أى وقت من الأوقات، فتكون تبعة الهلاك على مالك الشئ وهو البائع، سواء وقع الهلاك قبل التسليم او بعده (تبعة الشئ). ولكن مع استبعاد

الاثر الرجعى للشرط الفاسخ فان القواعد الواجبة التطبيق تصبح هى ربط تبعه هلاك الشئ بالتسليم، فاذا كان المشترى قد تسلم الشئ فعليه تقع تبعه هلاكه، والعكس صحيح.

٤ - **بالنسبة للتقادم وبدء سريانه** : نصت المادة ٣٨١/ ٢ على انه «لا يسرى التقادم بالنسبة لدين معلق على شرط واقف الا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط». وهو استثناء من نتائج الاثر الرجعى، لأن مؤدى تطبيق الاثر الرجعى - لو لم يستبعده النص المذكور- هو إعتبار ان حق الدائن مستحق الاداء منذ وقت التعاقد، وبالتالى يعتبر هذا الوقت هو بدء حساب مدة التقادم المسقط. غير ان هذا الحل، الذى كان منطقيا مع مفهوم الاثر الرجعى، يتعارض مع حكم آخر وهو ان الدائن ما كان في استطاعته قبل تحقق الشرط ان يطالب بحقه، فكيف تسرى في حقه مدة التقادم المسقط؟ وتفاديا لهذه النتيجة غير العادلة، وغير المنطقية، كان الاستثناء الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٣١٨ مدنى.

٥ - ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ مدنى من أن **يبقى قائما** لمصلحة الدائن المرتهن الرهن **الصادر من المالك الذي زالت ملكيته باثر رجعى** اذا كان هذا الدائن حسن النية وقت إبرام الرهن.

الفصل الثانى

الأجـــل (Le Terme)

المبحث الاول

تعريف الاجل ومواصفاته

٢٢- الأجل هو موعد «يضرب لنفاذ الالـتزام أو لانقضائه». وفى الحالة الأولى يسمى اجـلا واقفا، وفى الثانيـة يسمى أجلا فاسخـا. وقد نصت المادة ٢٧١ مدنى على: (١) «يكون الالتـزام لاجل اذا كان نفاذه او انقضاؤه مـترتبا على امر **مستقـبل محقق الوقوع**». (٢) ويعتبـر الامر محقق الوقـوع متى كان وقوعه محتما، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه».

وعلى هذا النحو يكون الاجل امـراً مستقـبلا حتمى الوقـوع، سواء تمثل ذلك فى تحديد موعد زمنى لقيام الالتزام او لانقضائه، أو تمثل فى تعليق ذلك على واقـعة مـؤكدة الحـدوث حتى ولو لـم يعرف وقت حـدوثها على وجـه التحـديد، وبالتالى فـالالتزام الذى يتـوقف فى وجوده، أو فى إنقـضائه، على وفاة شخـص معين، هو التزام مضـاف الى اجل، رغم انه لا يمكن تحديد وقت الوفاة، ويكفى انها ستحدث لا محالة فى وقت ما بعيد أو قريب.

ويتـميـز الأجل بأنه أمـر عارض، وهو أمـر مسـتـقبل، وهو أمـر محـقق الوقوع.

ا - الأجل أمر عارض :

٢٣- ومعنى ذلك أن الأصل فى الالتزام أنه ينـشأ منجزا، بمعنى ان يرتب أثاره فور انعقاد العقد، وأن تكون اثاره غيـر موقوته بمدة معينة. ونشأة الالتزام

معناها قيامه وقد استوفى جميع اركانه وشرائط صحته. فاذا نشأ الالتزام على هذا النحو أمكن أن يدخل عليه أجل يتعلق بكيفية تنفيذ اثاره أو بعضها، من حيث وقت هذا التنفيذ. ويترتب على هذا المنطق ان الاجل أمر عارض فهو ليس عنصراً من عناصر الالتزام، وليس ركناً فيه أو شرطا من شروط صحته، فقد يوجد الالتزام منجزاً، وقد يضاف الى اجل او الى آجال مختلفه، ولهذا يوصف الاجل - كالشرط - بأنه عنصر عارض.

وقد ادى هذا التحديد الى ضرورة التمييز (عند الاستاذ السنهورى) بين الاجل، علي نحو ما سلف ذكره، وبين عنصر المدة في العقود الزمنية، ومن أهمها عقد الايجار. ففى العقود الزمنية يعد الزمن عنصراً جوهريا وليس وصفا عارضا، ففي عقد الايجار يعتبر الزمن معقودا عليه، لان هذا العقد يخول المستأجر مكنه الانتفاع بالعين المؤجرة مدة معينة لقاء أجر معين. والانتفاع بالشئ المؤجر لا يمكن تصوره الا خلال الزمن. وقدر الاجرة، وهى مقابل الانتفاع، لا يقاس الا من خلال الوحدات الزمنية للانتفاع، ولا يمكن استبعاد الزمن في هذه الحالة، بل ولا يمكن تصور استبعاده، لان طبيعة عقد الايجار تجعل من الزمن عنصرا جوهريا معقوداً عليه.

يضاف الى ذلك، أن هناك من العقود ما ليس زمنيا بحكم طبيعته، بمعنى ان الاداء فيه لا يقاس بالزمن بطبيعته، ولكن المتعاقدين يدخلا فيه الزمن كمنصر جوهرى بالاتفاق، تكراراً للاداء على فترات زمنيه، تقاس بمقتضاها الاداءات المتكررة، وكذلك المقابل المالى. فمحل الاداء هو فى حقيقته وحدات فورية الاداء. ومن ذلك عقد التوريد، حيث يقاس فيه الاداء ويتكرر من خلال وحدات زمنية، وكذلك عقد الايراد المرتب مدى الحياة، وعقد العمل لمدة معينة.

ففى هذه العقود يعتبر الزمن، عند الاستاذ السنهورى، عنصراً جوهريا بحكم طبيعة المعقود عليه، كما فى عقد الايجار، أو بحكم الاتفاق، كما فى عقد التوريد وعقد الايراد المرتب. فاذا انتفى عنصر الزمن فى مثل هذه العقود كان العقد باطلا لانتفاء المحل. ومن ذلك تقرير ايراد مرتب لشخص تبين ان متوفى(١).

٢ - الاجل أمر مستقبل :

٢٤- الاجل، باعتباره وصفا، يرد على الالتزام، فيضيفه الى زمن، لابد ان يكون مستقبلا، وبالتالى لا يجوز ان يكون امراً حاضراً او امراً تحقق فى زمن مضى. يستوى فى ذلك الاجل المحدد بوقت محدد او الاجل المحدد بواقعة لابد ان تحدث فى وقت ما. وفى هذه الحالة الاخيرة لابد ان تكون الواقعة مستقبله، فاذا تبين سبق حدوثها عند التعاقد، فهى ليست اجلا، حتى ولو كان المتعاقدان يجهلا سبق حدوثها. وفى هذا الفرض ينشأ الالتزام منجزاً، كما لو كان الالتزام معلقا على وفاة شخص كان قد توفى قبل الاتفاق.

- ومن الامثلة على الاجل موعد تسليم العمل من جانب المقاول فى مواجهة صاحب العمل، والاجل الممنوح للمقترض لرد القرض، والآجال التى تمنح للمشترى للوفاء بالثمن مقسطا... الخ.

٣ - الاجل أمر محقق الوقوع :

٢٥- فالاجل أمر حتمى، سواء تمثل فى موعد رقمى على نتيجة السنة

---

(١) السنهورى، رقم ٥٢. وسوف نبدى اعتراضا على هذا التحليل فى موضع لاحق، ص ٤٠ وما بعدها.

المقصودة، أو تمثل فى حدث مستقبل مؤكد الوقوع. وفي هذه الخاصية يختلف الاجل عن الشرط، ففى حين ان الاول مؤكد الوقوع فإن الثاني (الشرط) أمر احتمالي، قد يحدث وقد لا يحدث. والمفارقة بين الحالتين واضحة فى تعريف القانون المدنى لهذين الامرين. ولان الأجل أمر مستقبل ومؤكد فان حلوله على ما سنرى لا يحدث باى اثر رجعى. ولذلك ايضا كان الالتزام المضاف الى اجل التزاما مؤكدا فى وجوده، أما الالتزام المعلق على شرط فهو التزام غير مؤكد الوجود.

وكما سبق أن اشرنا فان الاضافة قد تكون بتحديد زمن مستقبل محدد، وقد تكون بتحديد واقعة (الوفاة) مؤكدة الحدوث وان كانت غير معروفة التاريخ.

وقد يثور التساؤل حول معيار حتمية وقوع الامر الذي اضيف اليه الالتزام لمعرفة المعيار الذى يمكن الاعتماد عليه.

والاصل ان نأخذ **بمعيار موضوعى** وفقا لما هو معتاد فى مجريات الامور العادية. فالوفاة أمر محقق، وهي حق على كل مخلوق، ولا وجه للمجادلة فى هذا الخصوص.. وانتهاء موسم الامتحانات الجامعية هو حدث محقق الوقوع وفقا لمجريات الامور العادية فى الحياة، وكذلك انتهاد موسم حصاد المحصول الشتوى أو الصيفى.. وهكذا.

ومع ان الاصل هو الاخذ بمعيار موضوعى الا ان الامر لا يخلو من الجمع بين هذا الميعار وجانب شخصى هو ما تتجه اليه ارادة المتعاقدين فى اطار المألوف من التعامل. فمن الامور ما يقبل الوصف بانه مؤكد موضوعيا او شخصيا. ولإدخال العنصر الشخصى أهمية فى بعض الحالات التى يتحول

فيها الامر الى الحتمية وفقا لنية المتعاقدين، مع ان الجانب الموضوعى قد يترك مساحة لاحتمالات عدم التحقق. فمثلا التعاقد على وحدات سكنية تحت الانشاء، وفق ما جرى عليه العمل، هو تعاقد نهائى وبات، ولكنه تعاقد مضاف الى اجل هو إتمام البناء، وكذلك الحال فى التزام متعهد توريد الاغذية الذى التزم بالتوريد عقب الانتهاء من بناء المدرسة. فاتمام البناء فى هذين المثالين الاخيرين هو أمر غير مؤكد موضوعيا، ولكنه في نية المتعاقدين، ووفق ما جرى عليه التعامل، يعد امراً مؤكدا، وهو بالتالي اجل وليس شرطا. يضاف الى ذلك ان المشرع قد يأخذ من أمر معين غير مؤكد الحدوث موضوعيا، ويجعله اجلا مؤكدا، وبالتالى ليس شرطا، وتطبيقا لذلك نصت المادة ٢٧٢ من القانون المدنى المصرى على انه «اذا تبين من الالتزام ان المدين لا يقوم بالوفاء الا عند المقدرة او الميسرة، عين القاضى ميعاداً مناسبا لحلول الاجل، مراعيا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه»، وهو ذات الحل الذى اخذت به المادة ١٩٠١ من القانون المدنى الفرنسي. ووفقا لهذين النصين اعتبر المشرع ان الوفاء حتمى، وان كان موعده غير محدد. وقد قضى فى فرنسا تطبيقا للمعان السابقة انه اذا اشترى شخص قطعة ارض وتعهد للبائع ان يسدد له الثمن بان يبنى له منزلا يسلمه له، دون تحديد موعد للبناء والتسليم، فان التزام المشترى هو التزام مضاف الى اجل وليس معلقا على شرط.

المبحث الثانى

نوعا الاجل ومصادره

نوعا الاجل:

٢٦- أشرنا إلى أن الأجل إما موقف وإما فاسخ، أى منهى للالتزام. وفى الحالة الاولى يكون نفاذ الالتزام متوقفا على أمر مستقبل محقق الوقوع. وفى الحالة الثانية يكون انقضاء الالتزام هو الذى يتوقف على هذا الامر. وفى ذلك تقرر المادة ٢٧١ مدنى: (١) «يكون الالتزام لأجل اذا كان نفاذه او إنقضاؤه مترتبا على امر مستقبل محقق الوقوع». (٢) «ويعتبر الامر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما، ولو لم يكن يعرف الوقت الذى يقع فيه».

وأمثله **الاجل الواقف** كثيرة اشرنا الى بعض منها، مثل التزام المشترى بدفع الثمن بعد مدة حددها الطرفان، والتزام المقترض برد القرض بعد المدة المحددة، والتزام المستأجر برد العين المؤجرة عند انتهاء عقد الايجار، وكذلك التزام المدين بسداد الدين عند الميسرة. وواضح فى كل ذلك ان الالتزام لا يصبح نافذا الا بحلول الاجل الذى اقترن به.

أما **الاجل الفاسخ** فهو الذى يرتبط به انقضاء الالتزام، فالالتزام ينفذ منذ بدء التعاقد، ويستمر كذلك الى ان يحل الاجل المضروب لانقضائه فينقضى به. وقد سبق أن اشرنا الى رأى الفقيه الكبير الاستاذ السنهورى فى نفى فكره الاجل عن العقود الزمنية، باعتبار ان الزمن فيها عنصر جوهرى معقود عليه.

ومن جانبنا لا نرى تعارضا بين فكرة العقد الزمنى وبين الاضافة الى الاجل المنهى. فالعقود الزمنية لابد ان تكون مضافة الى اجل بحكم الضرورة

القانونية القائمة على مبدأ حظر تأبيد الالتزامات. فأى التزام، أياً كان العقد الذى وضع فى اطاره، سواء كان عقد عمل او عقد ايجار مثلا، لابد ان يكون له اجل فسخ ينتهى العقد بحلوله. ومن هنا كانت هذه العقود إما ان تكون لمدة أو مدد محددة معلوم اجلها مقدما، وإما ان تكون لمدة أو مدد غير محددة، وفي هذه الحالة الاخيرة يجوز لاى من طرفيها ان ينبه على الآخر بانهائها مع مراعاة الضوابط القانونية فى قواعد الايجار او فى قواعد قانون العمل.. ولا يتصور - قانونا- ألا يكون للعقد الزمنى اجل منهى سواء شاء المتعاقدان فى اتفاقهما ام لا. وهذا الاجل المهنى لا شأن له بعنصر المدة المعقود عليه. لذلك لا نتفق مع رأى الفقيه الكبير الاستاذ السنهورى عندما يقرر «ان العقد الزمنى لا يمكن ان يكون عقداً مقترنا باجل، لان الاجل عنصر جوهرى فيه.. اذ هو محل التعاقد ذاته، ولا يصح ان يكون الوصف هو احد العناصر الجوهرية في العقد» (السهنورى رقم ٥٢ الاوصاف).

ووجه عدم اتفاقنا هو أننا نرى ان الاجل كوصف فى الالتزام يختلف تماما عن الزمن (وليس الاجل) كعنصر في العقد الزمنى. فالزمن كعنصر فى العقد الزمنى هو فعلا عنصر جوهرى لا يتصور التعاقد بغيره (ونحن نفضل تعبير لا يتصور التعاقد بغيره على تعبير البطلان لانعدام المحل، ونرى ان التعبير الاول اكثر دقه من الثانى، لان الزمن فى رأينا هو عنصر مخلوط بالمعقود عليه وهو الشئ المادى محل الانتفاع وليس الزمن معقوداً عليه فى ذاته).

ونقول أن العقود الزمنية ترتبط بالزمن كعنصر يتحدد به قدر الاداء وقدر المقابل. وهذه ضرورة طبيعية وليست قانونية ولكنها ايضا - أي العقود

الزمنية - تضاف فيها الالتزامات بالضرورة إلى أجل منهى بالنسبة للمدين الملتزم (وأجل واقف في مقابل ذلك بالنسبة للدائن).. ولا نرى وجها للتعارض الذى قال به الاستاذ السنهورى بين مقوله ان العقد زمنى ومقوله ان الالتزام فيه مضاف الى اجل، فكل من الاجلين يختلف في مضمونه، ويختلف فى ظيفته عن الاخر.

وبناء على ما سبق فان الاجل المنهى يوجد فى العقود الزمنية، كما قد يوجد فى غيرها[1]. ومن امثلة العقود غير الزمنية التى قد تقترن بالاجل الفاسخ: عقد فتح اعتماد لعميل لمدة محددة، فاذا انتهت المدة انتهى التزام البنك بفتح الاعتماد. وفتح حساب جار لحساب مقاولة معينة لمدة محددة. والتعهد باداء عمل من اعمال المقاولة لمدة محددة، والتزام طبيب بالعمل لدى مستشفى مدة سنة أو اكثر. وكذلك اشتراك الصيانة لدى شركة مصاعد او ورشة سيارات أو الات حاسبه لمدة محددة. والتزام شركة التأمين بتغطية عدد غير معين مقدما من الاخطار لمدة محددة...الخ[2].

مصادر الأجل:

يلحق الاجل بالالتزام إما بالاتفاق، أو بحكم القانون، وإما بناء على حكم المحكمة.

الاتفاق:

٢٧- الاتفاق هو المصدر الغالب للاجل، ذلك ان الاجل ما هو الا ترتيب

---

(١) يلاحظ ان الاجل الفاسخ وكذلك الواقف يمكن ان يلحق جميع الحقوق المالية شخصية أو عينية، فيما عدا حق الملكية الذي يتصف بالتأبيد.

(٢) السنهورى، السابق، رقم ٥٦.

اتفاقى لبـدء نفاذ الالتزام أو لانقضـائه، وكثيرا ما يرد الاجل فـى العقود ذات الانتشـار الواسع في المعامـلات. ففى عقـد البيع كـثيراً مـا يتفق على تقـسيط الوفاء بالثـمن على آجال متعـددة، فيكون الاجل واقفا مـتعدد التوقـيت، وقد يؤجل الثمن كله ليسدد مرة واحدة عنـد حلول الموعد المتفق عليه. وقـد شاع هذا الاسلوب بصورتيـه في الوقت الحالى، مع وفرة الانتـاج الصناعى وتعدد وتنوع السلع الاستهلاكية الحديثة.

وقـد يكون **الاتفاق عـلى الاجل صريحـا، وقد يكون ضمـنيا**. والاتفاق الضمنى هو الذى يستخلصه القاضى من شـروط العقد وملابساته في ضوء.ما يستشفه من نيـه مشتركة لطرفى الاتفاق، مستعـينا بعرف المهنة، وعرف الجهة، وما يفترض فى التـعامل من ثقة وأمانه المهنة، وما يفتـرض فى التعامل من ثقة وامانه مشروعة. ومن ذلك ان التزام الصـانع لسلع واجبة الاعداد بالتسليم هو التزام مقـترن باجل واقف هو المدة المعقولة لاتمام صناعـة الشئ المبيع. وكذلك التـزام المؤلف باعداد مـؤلف لمناسبـة وطنية كنشـيد قـومى، أو اعداد الـرسام للوحة تعرض فى مناسبـة خاصة، وكذلك التزام الناقل بتوصـيل البضاعة الى مدينة معينة... وهكذا.

وقد يكون القانون هو مصدر الاجل :

٢٨- فقـد يتدخل المشـرع فيفـرض اجلا لتنفيـذ التزام مـا، يعتبـره اجلا واقفـا، كأن يحدد المشـرع تاريخا محـدداً نهائياً للوفـاء بالضريبة العـامة على الايراد (فى مـوعـد لا يجوز تجـاوزه كل سنة). وقـد يتـدخل لمصلحـة المدين فيؤجل الوفاء بديـون مستحقة للدولة أو لغيـرها من الاشخاص نظراً لظروف اقتصـادية يراعيها فى جـانب المدينين، كالتدخل بارجاء سـداد ديون الفلاحين قبل الدولة فى ظروف اقتصادية معينة.

وفى القانون المدنى مجموعة من النصوص المتفرقة التى تحدد آجالا قانونية حتمية منهية في كثير من الحالات، ومنها نص المادة ٥٢٦ مدنى من ان تنقضى الشركة بانقضاء الميعاد المحدد لها، أو بانتهاء العمل الذى قامت من اجله». «فاذا انقضت المدة المعينة، او انتهى العمل، ثم استمر الشركاء يقومون بعمل من نوع الاعمال التى تألفت لها الشركة، امتد العقد سنة فسنه بالشروط ذاتها». كذلك نص المادة ٥٥٩ مدنى التى تنص على انه «لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة ان يعقد ايجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة، فاذا عقد الايجار لمدة اطول من ذلك، أُنقصت المدة الى ثلاث سنوات..».

وكذلك المادة ٥٦٠ مدنى التى تنص على ان الاجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق اذا لم يجزها مالك الرقبة». وفى شأن عقد العمل نصت المادة ٦٧٨/ ٢ مدنى على أنه اذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل او رب العمل أو لاكثر من خمس سنوات، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات ان يفسخ العقد دون تعويض على ان ينذر رب العمل الى ستة أشهر»، وفى شأن الشيوع تنص المادة ٨٣٤ مدنى انه لا يجوز الاتفاق ان تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين». كما تنص المادة ٨٥٢ مدنى على انه يجوز الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة لمدة لا تزيد علي خمس عشرة سنة. وتنص المادة ٩٩٥ مدنى على ان ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشر سنة. وكذلك من القوانين التى قررت اجلا منهيا لعلاقات عقدية القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ والذي قرر انتهاء عقود ايجار الارض الزراعية القائمة بانتهاء السنة الزراعية ١٩٩٦ لسنة ١٩٩٧إعتبارا من أول اكتوبر سنة ١٩٩٧. واخيرا نعتقد ان فكرة المدة

المعقولة التى يقررها المشرع لصحة بعض الالتزامات تتضمن اجلا فاسخا في حالة تجاوز المدة المعقولة. ومن ذلك شرط المنع من التصرف فى الملكية، والذى قد يدرج ضمن عقد هبه او وصيه، اذ لا يصح هذا الشرط الا اذا كان مبنيا على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة، والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدي حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير . (م ٨٢٣ مدنى). وكذلك الحال فى شرط معقولية المدة بالنسبة لشروط عدم المنافسة التى قد تدرج ضمن اتفاقات بيوع المحلات التجارية، أو ضمن عقد عقود العمل لمنع العامل من منافسة صاحب العمل فى حدود معينة. والمدة المعقولة فى هذه الحالة يقدرها القاضى دون إضرار بمشترى المحل التجارى، أو العامل فى عقد العمل، بقصر الشرط على القدر الضرورى للحماية المرجوة، وهو ما يختلف تقديره قضائيا وفق ظروف الحالة وملابساتها من جانب الطرفين.

واخيراً قد يكون الاجل قضائياً:

الاجل القضائى هو ما يعرف بنظرة الميسرة Terme de grace وهو ارجاء لتنفيذ الالتزام يأمر به القضاء، رغم حلول اجل الوفاء، مراعاة لحالة المدين وظروفه. وقد خولت المادة ٣٤٦/ ٢ مدنى للقاضي هذه السلطة حيث قررت انه «يجوز للقاضى، فى حالات استثنائية، اذا لم يمنعه نص فى القانون، ان ينظر المدين الى أجل معقول او آجال ينفذ فيها التزامه، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم».

والنص السابق، فى شأن **نظرة الميسرة**، يُدخل قدراً من المرونة والرحمة فى استيفاء الديون التى حل اجلها، وذلك عندما يكون المدين فى ظروف سيئة تستحق تأجيل الوفاء. وقد وازن هذا النص بين اعتبارين استوجب اخذهما

في الاعتبار فى نطاق توازن عادل ومعقول: **الاعتبار الاول** حالة المدين عاثر الحظ التى تقتضى ظروفه تأجيل وفائه بما عليه من التزام، سواء الى اجل واحد او الى آجال متعددة ومتعاقبة. **والاعتبار الثانى** يتمثل فى مصلحة الدائن الذى يجب الا يضار من التأجيل ضرراً جسيما. حيث تحفظت المادة ٣٤٦[1] مدنى بقولها «ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم»، والقاضى هو الذى يقدر الاعتبارين السابقين ويزنهما بميزان العدالة فى ضوء الظروف والملابسات التى تحيط بالدائن وبالمدين، مقدرا وموازنا، ثم مقررا ما يراه، إما بمنح المدين نظره الى ميسرة، وإما برفض هذه النظرة. ويلاحظ ان النص يضع هذه المكنة فى يد القاضى على **سبيل الاستثناء** «فى حالات استثنائية»، وبالتالى فان تطبيقها لا يكون الا فى اضيق الحدود، وعلى القاضى ان يبين الاسباب التى دعته الى تأجيل الوفاء.

شروط نظرة الميسرة :

٣٠- ١- ان سلطة القاضى فى اعطاء نظرة الميسرة **تتعلق بالنظام** العام، ولا يجوز للافراد بالتالى الاتفاق مقدما على سلبه هذه السلطة.

---

(١) نصت المادة ٩٨٢ مدنى على تطبيق آخر خاص بنظرة الميسرة فى حالة استرداد المالك لما يملكه من حائزه، واستحقاق هذا الحائز جميع ما انفقه من مصروفات ضرورية وفقا للمادتين ٩٨٠ و ٩٨١ مدنى، اذ يجوز للقاضى وفقا للمادة ٩٨٢ مدنى، وبناء على طلب المالك، ان يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المشار اليها، وللقاضى ان يقضى بأن يكون الوفاء بها مقسطا بشرط تقديم الضمانات الكافية، وللمالك ان يتحلل من هذا الالتزام اذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الاقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها.

٢ - ان منح نظرة الميسرة يفترض **حسن نية المدين**، اذ يجب أن يكون تعثره فى الوفاء بسبب ظروف خارجية لا دخل لارادته فيها. فهذا الاجل لا يعطى لمدين مهمل أو لمدين يتعمد عدم الوفاء.

٣ - يجب ان تكون احوال المدين المالية في حالة **تعثر مؤقت**، وأن حالته المالية العامة تنبئ عن قدرة مستقبلية للوفاء بالدين، كأن يكون تعثره نتيجة لحالة طارئة فى السوق، أو توقف المعاملات فى سوق العقارات مؤقتا، أو تأخير مدينيه فى الوفاء بالتزامات ثابته قبلهم... الخ.

ففي مثل هذه الظروف العارضة الطارئة يكون هناك مبرر لمنح المدين نظره الميسرة الى اجل يستطيع فيه الوفاء. أما اذا كانت حالة المدين قد انهارت بما لا يرجى معها اى أمل، فلا جدوى من اعطائه اجلا للوفاء، وكذلك اذا كان المدين سئ النية وتعمد عدم الوفاء، او تسبب فيه بخطئه واهماله، فانه لا يستحق المهلة القضائية.

ويقدر حسن نية المدين وفق عناصر مختلفة ومتنوعة، منها أسلوبه فى التعامل مع غيره وحسن سمعته في هذا المجال، وقيامه بالوفاء بجزء من الدين اثباتاً لحسن نيته، كثرة موارده رغم قله السيولة الكافية، واستعداده لتقديم ضمان مناسب، وما قد يثبت للقاضى من ان للمدين على الدائن أفضال سابقة وكذلك صلات القرابة والمودة بينهما[١].

وفي نهاية المطاف يحدد القاضى الاجل المناسب، وفق تقديره لظروف الحال. وقد نصت المادة ١٢٤٤/ ٢ من القانون المدنى الفرنسى على حد اقصى

(١) بودرى وبارد، جزء ٢ رقم ١٤٩١.

لنظرة الميسرة هى سنة واحدة. ولا يوجد مثل هذا القيد فى القانون المدنى المصرى، والامر بالتالى متروك للقاضى، مراعيا ظروف الطرفين وملابسات الحال المعروضة عليه.

٤ - **الا يوجد نص قانونى يمنع** من منح المدين نظرة الميسرة. وقد اوردت المادة ٣٤٦/ ٢ مدنى هذا التحفظ صراحة : «ما لم يمنعه نص في القانون».

ومن أمثلة ذلك ما قد يرد فى بعض النصوص القانونية (المادتين ٥٩ و ٥٤٧ من قانون التجارة التى يمتنع وفقا لها منح مهلة قضائية مثلا فى سداد قيمة الالتزام التجارى أو الأوراق التجارية الا فى الاحوال والحدود التى ينص عليها القانون (قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩).

- كذلك **لا يجوز** منح نظره الميسرة في **حالة انفساخ العقد تلقائيا** إما بحكم الاتفاق، كما هو الحال عند النص في العقد على شرط فاسخ صريح عملا بالمادة ١٥٨ مدنى: « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار، الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه». فالشرط الفاسخ الصريح ينزع من القاضى كل سلطة تقديريه فى شأن إعمال الفسخ، وينزع عنه بالتالى سلطته فى منح نظرة الميسرة. كذلك الحال عندما يكون انفساخ العقد تلقائيا بناء على نص فى القانون. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٦١ مدنى من انه «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع، يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار، ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك، هذا ما لم يوجد اتفاق على غيره».

٥ - يشترط لمنح نظرة الميسرة، وكما سبق ان اشرنا، **الا يلحق بالدائن من جرائها ضرر جسيم**، وقد المحنا الى ان هذه الجزئية هى محور التوازن الذي على القاضى ان يراعيه بين مصالح المدين ومصالح الدائن، ليتخذ قراره في النهاية بمنح المهلة او حجبها. ومن امثله الاضرار الجسيمة التى قد تلحق بالدائن فوات فرصه مالية هامة بالنسبة له، أو استحقاق ديون واجبة السداد عليه مما قد يعرضه للافلاس او لسوء السمعة فى السوق.

٦ - ان طلب نظرة الميسرة يجوز امام القضاء، سواء أثناء نظر دعوى المطالبة بالدين، سواء ***اثناء نظر اجراءات التنفيذ على اموال المدين***. وفى فرنسا يجوز اعطاء المهلة من جانب القاضى عند نظر اشكال في التنفيذ، وفى مصر لا يوجد نص فى هذا الخصوص، ونعتقد ان قاضى الاشكال يمكنه ان يمنح مهلة للسداد، اذ ليس فى قواعد التنفيذ او المرافعات ما يحول دون قاضى الاشكال وممارسة هذه السلطة.

واذا قرر **،قاضى *الموضوع*، او قاضى *التنفيذ*** منح المدين نظرة الميسرة فلا يجوز اتخاذ اجراءات ضد المدين خلال هذا الاجل، وتوقف اجراءات التنفيذ مؤقتا اذا كانت قد بدأت الى ان يستقر الوضع نهائيا بفوات الاجل المضروب. مع ملاحظة انه في حالة التأجيل لاقساط متعددة، فان التخلف عن الوفاء باحدها يؤدى الى حلول الاجل بالنسية لجميع الاقساط.

الآثار المترتبة على اعطاء أجل الميسرة :

٣١- تتفق هذه الآثار مع الاحكام العامة للاجل، كما تخضع نظره الميسرة لذات اسباب سقوط الاجل عموما، ولكن **نظرة الميسرة تنفرد ببعض الاحكام** الخاصة وهى :-

١ - ان نظرة الميسرة، وعلى خلاف الاجل القانونى أو الاتفاقى، **لا تحول دون وقوع المقاصة**. ذلك ان الدين المؤجل بحكم القاضي هو دين حل اداؤه اصلا، ولا يحول الاجل القضائى دون إعمال المقاصة به. ويعتبر هذا الحكم منطقيا مع الشروط التى سبق ان اوردناها لمنح الاجل القضائى.. فهذا الاجل يعطى للمدين نظراً لظروفه الوقتيه المتعثرة فاذا نشأ له قبل الدائن حق مقابل توافرت فيه شروط المقاصة، فليس هناك ما يحول دون إعمالها، بل ان نشأة هذا الحق للمدين قبلَ دائنه تعنى ان هذا المدين لم يعد عاجزاً عن الوفاء.. اى أن هذه الحالة تسقط نظرة الميسرة لزوال مبرراتها بين الدائن والمدين.

٢ - ان نظرة الميسرة، على خلاف الاجل الاتفاقى، **لا تحول دون استمرار سريان فوائد التأخير** المستحقة قبل المدين.

٣ - ان منح نظرة الميسرة مقصور على المدين الذى منح الاجل دون غيره من المدينين ولو كانوا متضامنين معه، وهو ما يتفق مع منطق شروط نظرة الميسرة، وان ما يراعى فيها هو ظروف مدين بذاته وتعثره مؤقتا فى السداد.

ولكن هذه القاعدة لا تمنع من **استفادة كفيل المدين** من نظرة الميسرة الممنوحة للمدين المكفول وهو ما تتفق مع قاعدة ان الكفيل لا يجوز ان يلتزم بشروط اشد من الشروط التى يلتزم المدين وفقا لها.

كذلك فان **نظرة الميسرة مقصورة على الدائن الذى حكم بها في مواجهته** ولا يضار منها الدائنون الاخرون ولو كانوا متضامنين معه، وذلك ما لم يصدر الحكم بالاجل فى مواجهتهم جميعاً.

٤ - ان الاصل في الوفاء بالالتزامات ان الدين مطلوب وليس محمولا، بمعنى ان على الدائن ان يسعى الى المدين فى موطنه لاستيفاء حقه، وليس على المدين ان يحمل الدين الى موطن الدائن.

ومع ذلك فاذا منح القاضى للمدين نظره الميسرة فان الوضع يتغير **ويصبح *الدين* محمولا وليس مطلوبا**، بمعنى ان على المدين عند انتهاء الاجل القضائى أن يسعى هو الى الدائن فى موطنه ليسدد له المديونية.

٥ - ان الدين المؤجل قضائيا هو دين حال الاداء، ولذلك فان للدائن ان يتخذ اجراءات ***الطعن* في تصرفات مدينة بدعوى عدم نفاذ *التصرف* (*الدعوى البوليصية*)**. وهذه المكنة لا يملكها الدائن في حالة الاجل العادى لان حقه غير حال الاداء اصلا.

٦ - يذهب رأى إلى أن الدائن الذى منح القاضى لمدينه نظرة ميسرة يستطيع أن يتخذ ***اجراءات الحجز التحفظى*** على اموال مدينه لدى الغير وهى ميزة لا يملكها من كان حقه آجلا اصلا عن غير طريق القضاء. ونعتقد ان لهذا الرأى وجاهته وملاءمته العملية حفاظا على حقوق الدائن الذى استحق ماله ولم يؤخر استيفاءه الا اجل منحه القاضى.

المبحث الثالث

آثار الاجل قبل حلول موعده

(١) آثار الاجل الواقف :

٣٢- يؤدى الاجل الواقف إلى عدم نفاذ الالتزام الى أن يحل موعده. غير ان تأخر نفاذ الالتزام لا يؤثر علي وجوده، فالالتزام ولد صحيحا وكاملا مستوفيا لجميع اركانه وشرائط صحته، وهو غير معلق فى وجوده على أى شرط، غاية الامر انه مؤجل التنفيذ إما بأجل قانونى أو بأجل اتفاقى، أو بأجل قضائى هو نظره الميسرة.

وتقرر المادة ٣٧٤ مدنى فى فقرتها الاولى: «اذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف، فانه لا يكون نافذا الا فى الوقت الذى ينقضى فيه الاجل». وحاصل ذلك ان الالتزام موجود وجوداً كاملا وباتاً ولكنه التزام غير نافذ فى الحال. ويترتب على كل من هاتين الحقيقتين نتائج منطقية نعرضها فيما يلى:

نتائج وجود الحق وكماله :

١ - ان الالتزام ينتقل من صاحبه الى غيره بالميراث وبغير ذلك من الأسباب.

٢ - يجوز للدائن أن يتخذ ما يكون ضروريا من **إجراءات تحفظيه** لحماية حقه ضد ما قد يلوح من أخطار. وقد نصت على هذه المكنة صراحة المادة ٣٧٤ مدنى سالفة الذكر حين قررت «.. على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الاجل، ان يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه». ومن ذلك طلب فرض الحراسة، ووضع الاختام، التدخل فى القسمة، قيد الرهن

الرسمي وتجديده، رفع الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية. كما ان له وفقا لذات المادة السابقة ان يطلب من المدين تقديم تأمين كاف اذا خشى افلاس المدين أو اعساره، وكانت هذه الخشية قائمة على اسباب يقدر القاضى كفايتها ومعقوليتها.

وفى اطار المحافظة على الحق يجوز للدائن أن يطلب اجراء الترميمات اللازمة للمحافظة على الحق منعا للتلف أو الهلاك.

٣ - تقع **تبعة هلاك الشئ على الدائن** لا على المدين، لأن الشئ قد اصبح حقا خالصا له رغم عدم حلول الاجل. **فاذا هلك الشئ المؤجر فى يد المستأجر قبل حلول اجل رده كان هلاكه على المؤجر**، وكذلك اذا هلك الشئ المودع لدى المودع لديه، قبل اجل رده، كان الهلاك على المودع (المالك). مع ملاحظة ان القانون المصرى يربط - **فى عقد البيع** - تبعة هلاك الشئ بالتسليم.. فهلاك الشئ المبيع على البائع قبل التسليم وعلى المشترى اذا حدث بعده.

٤ - تبدأ مدة **تقادم دعوى بطلان التصرف وكذلك دعوى الابطال** للاستغلال منذ وجود التصرف، وليس عند تحقق الاجل، ويعود السبب فى ذلك الى ان التصرف قد انعقد كاملا غير منقوص وبصفة باته ونهائية. وعلى هذا الاساس فان تقادم دعوى البطلان تبدأ من تاريخ التعاقد، وكذلك الحال بالنسبة لسقوط دعوى الابطال للاستغلال، ومدتها سنة واحدة، منذ تاريخ التعاقد. والتعاقد قد تم دون انظار للاجل الذى علق عليه نفاذ الالتزام فحسب. ويطبق ذات الحكم بالنسبة لدعاوى الابطال لعيوب الارادة الاخرى، لتقادمها (التقادم الثلاثى) الذى يبدأ من التاريخ الذى حددته نصوص القانون

المدنى (تكشف الغلط، زوال الاكراه والتدليس... وفقا للمادة ١٤٠ مدنى)، وتبدأ مدة التقادم الطويل (خمسة عشر سنة) من وقت العقد، ويبرر كل ذلك بأن الاجل الواقف لا شأن له بتمام العقد ونهائيته.

نتائج تعليق *النفاذ* على الاجل *الواقف*:

٣٣- يترتب على أن الالتزام المضاف الى اجل واقف هو التزام غير نافذ الى أن يحل الاجل عدة نتائج تدور فى فلك ان هذا الالتزام غير مستحق الاداء حالا، وأهم هذه النتائج هى :

(١) ***ان مدة التقادم المسقط*** للالتزام لا تبدأ الا **منذ الاستحقاق** اى مع حلول اجل الوفاء، فقبل هذا الحلول لا يستطيع الدائن ان يطالب باستيفاء حقه.

٢ - انه **لا يجوز *للدائن ان* يطالب بفوائد تأخيرية عن *المدة السابقة*** على حلول الاجل.

٣ - **لا يجوز *للدائن* قبل حلول الاجل *ان* يتخذ *اى اجراءات للتنفيذ الجبرى* قبل المدين**، ومع ذلك فان الاجل اذا كان مقرراً لمصلحة الدائن فان له ان ينزل عنه، وان يطالب بالحق فوراً، وان يتخذ ما يراه من اجراءات للحصول على حقه، والتنفيذ الجبرى به. أما اذا كان الاجل لمصلحة المدين - وهو الغالب عملا- فان اى اجراء تنفيذى يمتنع قبل حلول الاجل.. وأى دعوى ترفع فى هذا الخصوص تضحى غير مقبوله لرفعها قبل الاوان.

٤ - ان المدين، بالتزام مضاف الى اجل واقف لو أوفى اختياراً بالدين قبل حلول الاجل عن غلط وجهل بالحقيقة **فان *له* حق الاسترداد** وفقا

لضوابط المادة ١٨٣/ ١ من القانون المدنى والتى تنص على «١- **يصح استرداد غير المستحق** اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل اجله وكان الموفى جاهلا قيام الاجل». «٢- على انه يجوز ان يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر. فاذا كان الالتزام الذي لم يحل اجله نقودا، التزم الدائن أن **يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى** أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الاجل».

وواضح أن هذا الحكم مقصور على حالة الوفاء عن جهل بالاجل، اما اذا وفى المدين بالدين اختيارا قبل حلول الاجل فانه يعد متنازلا عن هذا الاجل ولا رجوع له على الدائن بشئ.

٥ - **لا يجوز للدائن بدين مؤجل ان يحجز ما للمدين لدى الغير**، فرغم ان هذا الحجز هو حجز تحفظى، فان من شروط توقيعه ان يكون الدين محقق الوجود وحال الاداء (م ٣٢٥ مرافعات)، وهو عكس ما اشرنا اليه به فى حالة نظره الميسرة.

٦ - **لا تقع المقاصة** بين دين مضاف إلى أجل ودين حال الاداء، فالمقاصة هى صورة من صور الاستيفاء الجبرى، وهذا الاستيفاء غير جائز فى دين مؤجل.. وهو ما يتفق مع ما تشترطه أحكام المقاصة ذاتها من ضرورة ان تقع بين دينين من مرتبة واحدة.

٧ - **لا يجوز للدائن بحق مؤجل ان يستخدم حق الحبس** استيفاء لحقه، فحقه المؤجل، وهو غير مستحق الاداء، لا يقوم سنداً قانونيا لاستخدام مكنه الحبس.

٨ - يجوز للدائن بحق مؤجل رفع **الدعوى غير المباشرة** باسم مدينه، فرغم أن هذه الدعوى ليست وسيله من وسائل التنفيذ، الا انها أبعد مدى من مجرد الاجراء التحفظى، وبالتالى كان يمكن ان تحظر على الدائن بحق مضاف الى اجل، **غير ان المادة ٢٣٥/ ١ مدنى اقرت مبدأ الدعوى غير المباشرة ولو** كان حق الدائن غير مستحق الاداء.

أما بالنسبة للدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين) فان المادة ٢٣٧ مدنى تشترط ان يكون حق الدائن الذى يرفع هذه الدعوى مستحق الاداء، وبالتالى فهى غير جائزة القبول من الدائن بحق مؤجل.

(٢) آثار الاجل الفاسخ قبل حلوله :

يختلف الامر فى الأجل الفاسخ عنه في الأجل الواقف، فقد أشرنا إلى أن الاجل الواقف يعنى عدم نفاذ الالتزام الى أن يحل الاجل ورتبنا على ذلك نتائجه المنطقية. أما فى حالة تعليق الالتزام على أجل فاسخ أى منهى، فان الالتزام يكون موجوداً نافذا منذ التعاقد، ومن حق الدائن ان يطالب به وان ينفذ به جبراً على المدين. **ولكن اثر الاجل يعنى ان الحق موجود الى حين هو حلول اجله الفاسخ**، فاذا حل زال الحق تماما، وتعتبر العقود الزمنية مقترنه بآجال فاسخه دائما (أى بآجال منهية)، وهذا الاجل إما أن يكون محدداً فى الاتفاق (مدة عقد الايجار أو مدة عقد العمل، عندما تكون المدة محددة)، وإما ان يكون أجلا يناط حلوله باراده احد الطرفين فى العقود غير محددة المدة، ووفقا للضوابط القانونية لانهاء هذه العقود.

ويترتب على ان الحق المضاف الى اجل فاسخ هو حق حال الاداء ونافذ فوراً، ان لصاحبه كافة الحقوق التى للدائن بدين مستحق الاداء سواء من

حيث طلب استيفاء الدين او التنفيذ به جبراً، او استعمال دعاوى المحافظة على الضمان العام (الدعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى المباشرة)، سواء الحق فى الحبس. ويبدأ التقادم المسقط للالتزام حالا غير مؤجل... الخ. وللدائن ما هو دون ما سلف ذكره من اتخاذ الاجراءات التحفظية مادية أو قانونية..

وكل ذلك لا يتأثر بحقيقه ان الحق المضاف الى أجل فاسخ هو حق مؤكد الزوال عند حلول الاجل، فوجوده موقوت باجله، وبالتالى فان ما يخوله هذا الحق لصاحبه مقيد بحدود هذا الحق الزمنية لا يتجاوزها.. **ولكنه فى زواله يقتصر على المستقبل دون الماضى، أى أنه لا يزول بأثر رجعى**[1]، وذلك على خلاف الحق المعلق على شرط فاسخ، اذ ان هذا الاخير عندما يزول انما يزول بأثر رجعى.

---

(١) تنص المادة ٢٧٤/ ٢ مدنى «ويترتب على انقضاء الاجل الفاسخ زوال الالتزام دون ان يكون لهذا الزوال اثر رجعى».

المبحث الرابع

حلول الآجل وما يترتب عليه من آثار

اولا - حلول الاجل :

٣٤- أ - يحل الأجل على نحو طبيعى بإنقضائه : وعادة ما يتحدد الاجل بتاريخ محدد فى التقويم الميلادى (أو الهجرى)، ولكنه قد يكون متمثلا في وقت وقوع امر معين، كوفاة شخص محدد. وقد كانت المادة ٣٩٤ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تضع تفصيلا لكيفية حلول الاجل، ثم حذفت لانها تتضمن تفصيلا للقواعد العامة. ولذلك فان ما جاء فى هذا النص المحذوف يضع قواعد مفيدة في تحديد كيفية حساب الاجل وحلوله. فقد جاء بها:

١ - يحل الاجل إذا تحقق الأمر المنتظر أو انقضى الميعاد المضروب.

٢ - اذا جُعِل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع امر معين فلا يحتسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الاجل.

٣ - اذا كان الميعاد بالايام فيحسب اليوم من منتصف الليله الى منتصف الليله التالية. واذا كان بالاسابيع او بالشهور او بالسنين فانه ينقضى فى اليوم الذي يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى يبدأ فيه الميعاد، فاذا لم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الاخير فإن الاجل ينقضي في اليوم الاخير من هذا الشهر. واذا كان الاجل نصف شهر فتكون مدته خمسة عشر يوما مهما كان عدد ايام الشهر.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى (جـ٢، ص

٤٢٣) تعليقا تفصيليا على هذه الاحكام نعرضه فيما يلى (مع تحديث فى الامثلة) :

١ - ... الاصل ان ينقضي الاجل بالحلول او السقوط أو التنازل، على ان لانقضاء الاجل اسباب اخرى تعرض فى أحوال خاصة، كإنقضاء الاجل بالموت فى حالة تصفيه التركة، وسقوط الاجل القضائى بوقوع المقاصة، او بقيام دائن آخر بالتنفيذ على أموال المدين، أو بتحقق الاقتدار على الوفاء.

٢ - ... يحل الاجل اذا تحقق الامر المضاف اليه او اذا انقضي الميعاد المضروب صراحة أو ضمنا.

٣ - ويراعى ان اخص ما يعرض فى هذا الشأن تعيين مبدأ سريان الاجل وموعد انقضائه. فلا يدخل فى احتساب الاجل اليوم الذى يقع فيه الامر الذي يضاف اليه بدء سريانه، فاذا جعل الاجل مثلا ثلاثة ايام بعد الوصول من رحلة، فلا يدخل يوم الوصول فى حساب هذا الاجل. ولتعيين موعد انقضاء الاجل يحسب اليوم من منتصف الليله الى منتصف الليله التالية، اذا كان الميعاد بالايام، أما اذا كان الميعاد بالاسابيع، أو بالشهور، أو بالسنين، فانه ينقضى فى اليوم الذى يتفق فى اسمه،كالخميس مثلا، أو فى تاريخه كأول يناير مثلا) مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد، بعد احتساب عدد اسابيع أو الشهور أو السنين. فاذا كان الأجل مثلا ثلاثة أسابيع.. تبدأ من الخميس الثانى من شهر مارس كان موعد انقضائه الخميس الاول من شهر ابريل. واذا جعل ثلاثه اشهر يبدأ من ٢٠ فبراير، كان موعد انقضائه ٢٠ مايو، واذا جعل ثلاث سنوات، تبدأ من ٢٨ فبراير «عام ٢٠٠٤»، كان موعد انقضائه فى ٢٨ فبراير «عام ٢٠٠٤»، واذا كان الاجل شهرين بدءً من ٣٠ ديسمبر «عام ٢٠٠٤»، انقضي الميعاد فى ٢٩ فبراير «عام ٢٠٠٥»، لان اليوم المقابل لليوم الذى بدء

فيه سريان الميعاد لا نظير له في الشهـر الاخير، وعلى هذا النحو ينقضى الميعاد فى آخر يوم من فبـراير، أى فى اليوم التاسع والعشرين، لوقـوع هذا الشهر فى سنة كبيـسة. واذا كان الاجل نصف شهـر، اعتبرت مـدته خمسة عـشر يوما، مهما كـان عدد ايام الشهر، فاذا جعل الاجل نصف شـهر يبدأ من منصف ليل أول فبـراير، اعتـبر منقـضيـا فى منتصف ليل يـوم ١٥ فبراير. واذا جـعل بدء سـريان الاجل منتـصف ليل ٢٠ مـارس، انقـضي فى منتـصف ليل ٤ أبريل. ويراعى فى جميـع الاحوال انه اذا كان آخـر يوم من ايام الاجل عطلة، أو يوم لا يتيسر فيه تنفيذ الالتزام من جراء أمـر يقتضيه القانون، فلا ينقضى الميعاد الا فى اليوم التالى».

(ب) حلول الاجل الواقف بتنازل صاحب المصلحة عنه :

٣٥- يجوز لمن تقرر الاجل لمصلحته ان ينزل عنه في اى وقت. والاصل ان الاجل مـقـرر لمصلحـة المدين (ولـيس الدائن) كـمـا هو الحـال فى عـارية الاستعمال، والقرض بغير فائدة. ولكن قد يكون الاجل لمصلحة الدائن وحده احيانا، ومن ذلك حالة الوديعـة. وقد يكون الاجل لمصلحة الدائن والمدين فى آن واحد، كما هو الحال في القرض بفائدة.

والقاضي هو الذى يحـدد الامر، اذ اثار نزاع حول صـاحب المصلحة فى الاجل، فى ضـوء الظروف والملابسـات التى احـاطت بالاتفـاق، فـضـلا عن تفسيـر نصوصه بما يتفق مع إرادة الطرفين، والبـحث عن النية المشتركـة لهما. ولكن عند الشك يفـسـر الاجل على انه لمصلحـة المدين، لان هذا هو الاصل العام.

فاذا كـان الاجل لمصلحة أحـد الطرفين، كان له وحـده حق التنازل عنه،

فيصبح الالتزام حال الاداء. فاذا كان الاجل لمصلحة المدين، كان له ان ينزل عنه بارادته المنفرده. وكذلك الحال اذا كان لمصلحة الدائن وحده. اما اذا كان لمصلحتهما معا فلا يجوز لاى منهما ان ينفرد بالنزول عن الاجل بارادته المنفرده.

وقد كانت المادة ٣٩٧ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تتضمن تفصيلا لما سبق بنصها على: «١- **يفترض فى الاجل انه ضُرب لمصلحة المدين** الا اذا تبين من العقد او من نص فى القانون او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا. ٢- اذا تمخض الاجل لمصلحة احد الطرفين، جاز لهذا الطرف ان يتنازل عنه بارادته المنفردة». وقد حذف هذا النص لان حكمه يستفاد من القواعد العامة، ولكن يلاحظ انه عند الشك فى تحديد صاحب المصلحة فى الاجل فان هذا الشك يفسر على ان الاجل لمصلحة المدين وليس الدائن».

غير ان **المشرع قد يجيز فى بعض الحالات الاستثنائية لاحد طرفى الالتزام ان ينزل عن الاجل رغم اراده الطرف الاخر، رغم ان الاجل مقرر لمصلحة الطرفين**. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٥٤٤ من القانون المدنى المصرى ،فى شأن القرض من انه اذا اتفق على الفوائد كان للمدين اذا انقضت سته اشهر على القرض ان يعلن رغبته فى الغاء العقد ورد ما اقترضه، على ان يتم الرد فى اجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الاعلان، وفى هذه الحالة يلزم المدين باداء الفوائد المستحقة عن سته الاشهر التالية للاعلان، ولا يجوز بوجه من الوجوه الزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من اى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على اسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه».

ويلاحظ أن هذا النص يتعلق بالقرض بفائدة، وبالتالى فالاجل مقرر فى هذه الحاله، لمصلحة الطرفين ، الدائن والمدين.

واذا كان المبدأ، بالتالى، هو عدم جواز النزول عن هذا الاجل الا باتفاق طرفى العقد، إلا أن المشرع خرج عن هذا المبدأ لمصلحة المدين، وكراهية منه للربا، وجعل للمدين حقا فى إسقاط الاجل بارادته المنفرده. واعتبر النص ان هذا الحق متعلق بالنظام العام لا يجوز مقدما النزول عنه او الحد منه. وقد راعى المشرع مصلحة الدائن جزئيا بوضع بعض الضوابط، وهى ان يتم رد القرض من جانب المدين خلال سته شهور من اعلان رغبته فى ذلك، وان يسدد للدائن فوائد سته الاشهر التالية للاعلان.

وفي فرنسا تنص المادة ١٢ من قانون ١٣ يوليو عام ١٩٧٩ فى شأن تبصير المقترضين وحمايتهم، في نطاق القروض العقارية، على ان المقترض يستطيع التخلص من الاجل بتعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق فى عقد القرض على حظر التعجيل عن قيمة تقل عن ١٠٪ من القرض. ويؤدى التعجيل بطبيعة الحال الى حرمان المقرض من الفائدة عن المبالغ المعجلة، وعلى هذا النهج سار ايضا القانون رقم ٤٢١-٨٩ الصادر فى فرنسا فى ٢٣ يونيو عام ١٩٨٩ فى شأن حماية المستهلك، والذى اجاز لهذا الاخير ان يتحلل من الاجل فى الاقساط المؤجلة بفائدة، وتسقط بالتالى الفوائد المستحقة عما عجله.

حـ- سقوط الاجل الواقف لشهر افلاس المدين او إعساره :

٣٦- يسقط الاجل بافلاس **المدين التاجر**، فالافلاس يؤدى الى تجميد عناصر ذمة المدين المفلس، ولا يتصور ان تطبق قواعد الافلاس على الديون

الحالة الاداء دون الديون المؤجلة، لان مثل هذا الحل لو تقرر لأدى الى ضياع حقوق اصحاب الديون المؤجلة، اذ لن يبقى لهم شئ عند حلول اجل ديونهم. لذلك يتمثل الحل العادل فى أن الافلاس يؤدى الى إسقاط الاجل بالنسبة للديون غير الحالة. وهو اثر يتحقق كنتيجة قانونية فوريه لشهر افلاس المدين.

وبالنسبة للمدين غير التاجر يعرف القانون المدنى نظام الاعسار، وهو يؤدى الى شهر اعسار المدين اذا تجاوزت ديونه قدر ما لديه من حقوق (بخلاف الافلاس الذى يشهر لمجرد الامتناع عن سداد الديون الحالة أيا كانت حالة المدين المالية).

ولم تكن هناك نصوص تنظم الاعسار فى القانون المدنى المصرى القديم، وكذلك كان الحال فى القانون المدنى الفرنسى[1]. ولذلك اختلفت المحاكم المصرية فى شأن اثر الاعسار الفعلى على الاجل، و هل يسقطه ام يظل قائما. وقد جاء القانون المدنى الحالى وحسم هذه المسألة، حيث نصت المادة ٢٥٥ مدنى على «(١) يترتب على **الحكم بإشهار الاعسار** ان يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة. ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية او القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الاجل». «(٢) ومع ذلك يجوز للقاضى ان يحكم بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بابقاء الاجل او مَدِّه بالنسبة الى الديون المؤجلة. كما يجوز له ان يمنح المدين

---

(١) يلاحظ ان الرأى فى فرنسا يتجه الى ان الاعسار يسقط الاجل قياسا على حكم المادة ١٩١٣ مدنى فرنسى التى تنص على حلول اجل رأس المال الذي يتكون منه الايراد المرتب مدى الحياه في حالة اعسار المدين أو افلاسه، ولكن هناك فارقا بين حالة الافلاس وحالة الاعسار فى شأن سقوط الاجل عموما وهو ان الاجل يسقط تلقائيا بحكم القانون بمجرد شهر الافلاس، اما فى حالة الاعسار فلان القانون الفرنسى لم ينظمه فان على كل دائن بدين مؤجل يعلم بالحجز على مدينه ان يطلب من المحكمة تقرير سقوط الاجل حتى يتدخل فى اجراءات التنفيذ ضد المدين: راجع : مازو وشابا، النظرية العامة رقم ١٠٢٦.

اجلا بالنسبة الى الديون الحالة. اذا رأى ان هذا الاجراء تبرره الظروف، وانه خير وسيله تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً».

واخيراً فان اسقاط الاجل، سواء فى حالة الاعسار أو فى حالة الافلاس يبرره منطقيا ان منح الاجل يقوم، فى جزء منه، على الشقة فى مستقبل احوال المدين المالية، فضلا عن ان إسقاط الاجل تحتمه، كما سبق القول، قاعدة المساواة بين المدينين.

د - سقوط الاجل الواقف بسبب إضعاف التأمينات :

٣٧- تنص المادة ٢٧٤ مدنى على أن للدائن في حالة الالتزام المقترن بأجل واقف «أن يطالب بتأمين اذا خشى افلاس المدين او اعساره واستند فى ذلك الى سبب معقول». وهذا النص يؤدى الى أنه اذا وجدت اسباب معقوله للخشية، لدى الدائن بالتزام معلق على اجل واقف، وقدر القاضي جديه هذه الاسباب، ان يطلب تأمينا، فاذا امر القاضى بذلك وتقاعس المدين عن تقديم التأمين، كان ذلك سببا فى اسقاط الاجل. والفرض هنا انه لم يكن هناك تأمين اصلا.

ولكن هناك حالات يكون فيها الالتزام مؤجلا، ومقرونا فى ذات الوقت بتأمين يضمن الوفاء بالدين عند حلول اجله. فى هذه الحالة يسقط الاجل باضعاف التأمين. وقد نصت علي هذا الحكم الفقرة (٢) من المادة ٢٧٣ مدنى بتقريرها سقوط الاجل «اذا اضعف (اى المدين) بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد اعطى بعقد خاص، او بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن ان يطالب بتكملة التأمين، أما اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لاراده المدين فيه، فان الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا».

ويلاحظ ابتداء ان الفرض فى هذا النص، ان الحق مقترن بضمانات (تأمين خاص) إما بحكم الاتفاق او بحكم القانون، فان لم يكن الامر كذلك فليس للدائن ان يطلب تأمينا من المدين الا فى الحالة السالف ذكرها والتى نصت عليها المادة ٢٧٤ مدنى.

وعودة الي نص المادة ٢٧٣ مدنى (فى شأن اضعاف التأمينات) ، والتى تتمثل **ضوابطها** فيما يلي:-

١ - ان هذا النص **يفترض تأمينا خاصا** يضمن الوفاء بالالتزام المؤجل يستوى ان يكون مصدر التأمين هو الاتفاق، كما هو الحال فى الرهن الرسمى والرهن الحيازى. كما يستوى ان يكون التأمين قد نشأ معاصراً للمديونية او نشأ فى وقت لاحق برضاء المدين. كما يجوز ان يكون القانون هو مصدر التأمين الخاص، كما هو الحال فى حقوق الامتياز الخاصة (كامتياز البائع فيما بقى له من ثمن المبيع وامتياز المقاول والمهندس... الخ). ومفاد ما سبق انه لا يتصور ان يكون التأمين هو حق اختصاص تقرر بحكم القضاء، لان هذا الحق الاخير لا يرد الا بالنسبة لحق حال الاداء يثبت بحكم قضائى واجب التنفيذ. (م ١٠٨٥ مدنى وما بعدها).

٢ - **ان يحدث؛ اضعاف للتأمين الى حد كبير**. بمعنى ان يكون الاضعاف مؤثراً ومهدداً لضمان الدائن. فاذا كان الاضعاف يسيرا، مما جرى العمل على التسامح فيه، فلا يسقط الاجل. والامر متروك لتقدير القاضى فى ضوء ظروف الحال وملابساته.

٣ - **ان يكون اضعاف التأمين بفعل المدين**، ويلاحظ ان نص المادة ٢٧٣ مدنى، استخدمت صياغة «بفعل المدين» ولم يستخدم تعبير بخطأ المدين.

وبالتالى فلا يشترط ان يكون مسلك المدين، الذى اضعف التأمين، خاطئا.. فقد يكون فعلا عمديا، ويكفى ان يكون باهمال ورعونه او عدم احتياط(١).

فاذا توافر فعل المدين، كان الخيار للدائن، إما ان يتمسك باسقاط الاجل، فيحل أجل الدين، وهنا يحتفظ الدائن بحقه في الفوائد عن المدة المتبقية من الاجل، لان سقوط الاجل كان بفعل المدين، فلا يتحمل الدائن خسارته. ولكن يجوز للدائن ان يتمسك باستمرار الاجل مع طلب تكملة التأمين. والخيار، بالتالى، بين أحد هذين الامرين السابقين، هو للدائن وليس للمدين.

أما اذا كان اضعاف التأمين **بسبب لا دخل للمدين فيه،** فان الاجل يسقط ايضا، **ولكن للمدين ان يتوقى سقوط الاجل بتقديم تأمين كاف.** وقد عقد المشرع **الخيار هنا للمدين،** حيث لم ينسب اليه اى فعل أو إهمال فى شأن اضعاف التأمين. بل ان المدين في هذه الحالة لا يلتزم بأية فوائد. فاذا إختار المدين الوفاء بالدين فوراً فانه يفى به منقوصا منه مقدار الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين.

وقد أورد القانون المدنى تطبيقين خاصين، فى حالتى الرهن الرسمى والرهن الحيازى. فقد نصت المادة ١٥٤٨ مدنى فى شأن الرهن الرسمى على أنه «(١) **اذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون او تلفه،** كان الدائن المرتهن مخيراً بين ان يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا». «(٢) **فاذا كان الهلاك او التلف قد نشأ عن سبب أجنبى،** ولم يقبل الدائن بقاء

---

(١) اذا قد يتمثل الاضعاف فى اهمال صيانه المنزل المرهون بما يؤدى الى نقصان قيمته، اما العمد فمثاله ان يتعمد هدم المنزل او جزء منه.

الدين بلا تأمين، **كان المدين مخيراً** بين ان يقدم تأمينا كافيا او ان يفى الدين فوراً قبل حلول الاجل. وفي الحالة الاخيرة اذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق الا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين[1]» ثم جاءت المادة ١١٠٢ مدنى فى شأن الرهن الحيازى ونصت فى فقرتها الثانية على أن «تسرى على الرهن الحيازى احكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ ...».

هـ- سقوط الاجل لعدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات:

٣٨- قد يتفق الدائن والمدين على ان يقدم هذا الاخير تأمينا خاصا في مقابل الالتزام المؤجل، **فاذا لم يف المدين بتعهده**، ولم يقدم بالتالى ما وعد به من تأمين، **سقط الاجل** واستحق الدين فوراً.

وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ٢٧٣ مدنى فى فقرتها الثالثة ضمن اسباب سقوط الاجل: «اذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات». ويترتب على ذلك بالتالى حلول اجل الدين كاملا، اى دون ان ينتقص منه شئ فى مقابل الاجل الساقط.

واذا حل الاجل على نحو ما سبق ذكره، اصبح الدين واجب الاداء، ويجوز للدائن ان يحصل على حكم واجب التنفيذ ضد مدينه، وأن يتخذ من هذا الحكم سندا لأخذ حق اختصاص على عقار المدين بديلا من التأمين الذى كان موعودا به.

---

(١) وتنص المادة ١٠٤٨ فقرة ٣ على انه «فى جميع الاحوال اذا وقعت اعمال من شأنها ان تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف او تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن ان يطلب الى القاضى وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التى تمنع وقوع الضرر».

حلول الاجل لاسباب عقدية(١)، ولاسباب اخري مختلفة :

٣٩- ١ - قد ينظم المتعاقدان حالات يتفقا فيها على سقوط الاجل للاسباب التى يقرانها. فقد يتفقا على ان حدوث امر معين موجب لحلول الاجل. غاية الامر أنه لا يجوز ان يكون حدوث الامر مرهونا بمحض مشيئة الدائن (على نحو تعسفى). من ذلك ان يمنح رب عمل احد عماله قرضا، وينص فى العقد على ان يسقط اجل الاستحقاق اذا انتهت خدمة العامل لدى المنشأة. وقد حدث أن قرر صاحب عمل انهاء خدمة العامل فى مثل هذه الحالة لاسباب اقتصادية تتعلق بالمنشأة. وعندما عرض النزاع أمام القضاء الفرنسى - فى المثال المعروض- قضت محكمة الاستئناف بصحة حلول الاجل لان انهاء الخدمة كان لاسباب اقتصادية من جانب صاحب العمل، ورفضت بالتالى ما تمسك به العامل من ان الاجل علق على محض مشيئة رب العمل التعسفية. وقد ايدت محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء مقرره ان الاجل المشروط لم يكن اراديا محضا(٢).

٢ - والى جانب ما سبق توجد اسباب اخرى متفرقه لسقوط الاجل، ومن ذلك التساؤل حول أثر موت المدين على الأجل؟ والاصل ان الاجل لا يسقط بالوفاة، اذ تنتقل ديون المورث الى ورثته بذات اوصافها القائمة قبل الوفاة. ومع ذلك فقد نصت المادة ٨٩٤ من القانون المدنى على «ان للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة ان تحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ

---

(١) يلاحظ انه كما قد يتفق العاقدان على أجل معين، فان لهما - بطبيعة الحال- أن يعدلا من الاجل اثناء مسيره الالتزام سواء بالتقديم او بالتأخير، وفى حالة تأخير الاجل فان ذلك لا يلزم كفيل المدين وكذلك فى حالة تقديمه.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٢٤ مارس عام ١٩٨٤- بلتان المدنى -١- رقم ١١٢ ص ٩٣.

الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٥٤ مدنى» (وقد سبق عرض حكم هذه المادة). ثم اضافت المادة ٨٨٥ مدنى انه «اذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع اموال التركة، بحيث يختص كل وارث من جمله ديون التركة، ومن جملة أموالها، بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الارث».

«(٢) وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول، على ان يحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين، فان استحال تحقيق ذلك، ولو باضافة تأمين تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص، أو بالاتفاق على أية تسوية أخري، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها».

«(٣) وفى جميع هذه الاحوال اذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره وجب ان يشهر هذا التأمين وفقا للاحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص».

وواضح مما سبق **أن المشرع لم يجعل الوفاة فى ذاتها سببا من اسباب سقوط الاجل**، ولكنه استبدل بهذا الاسلوب طريق تأمين الدائن باعطائه ضمانا لاستيفاء دينه عند حلول اجله.

ثانيا - ما يترتب على حلول الاجل من آثار :

١ - الاجل الواقف وما يترتب على حلوله :

٤٠ - اذا حل الاجل الواقف أصبح الالتزام نافذا قانونا منذ وقت هذا الحلول، ويتعين على المدين أن يفى بما فى ذمته فور إعذاره بذلك وفقا للقانون. واذا لم يفى المدين اختيارا للدائن، فان لهذا الاخير ان يتخذ ضده الاجراءات التى تكفل الحصول على حقه جبرا عنه. وحاصل ذلك ان كل ما سبق ان تقرر من منع الدائن من اتخاذه، قبل حلول الاجل، يصبح متاحا له بعد حلول الاجل. فله ان يتخذ إجراءات الحجز التنفيذى اذا حصل على سند تنفيذى، واذا كان قد سبق له الوفاء بالدين فلا يجوز له الاسترداد، كما تقع المقاصة بالالتزام فى الالتزام المقابل، ويجوز للدائن رفع الدعوى البوليصية، كما ان له ان يحبس حقا للمدين فى ذمته حتى يستوفى حقه الذى حل اجل الوفاء به، كما يبدأ سريان التقادم المسقط للالتزام.

٢ - الاجل الفاسخ المنهي وما يترتب على حلوله :

٤١ - وبالنسبة للاجل المنهى تدور الآثار بذات المنطق الذى تقتضيه طبيعه هذا الاجل باعتباره منهيا للالتزام، وهى أوضح ما تكون فى العقود الزمنية التى يكون الزمن فيها عنصراً جوهريا. فبحلول الاجل ينتهى الالتزام، وتظل صحيحة جميع التصرفات التى يكون صاحب الحق قد اجراها قبل حلول الاجل[١]، اذ انها حال صدورها، صدرت ممن يملك اجراءها، فحلول الاجل ليس له اثر رجعى، كما سبقت الاشارة (م ٧٤ مدنى).

---

(١) وبالتالى فمن تعهد بايراد مرتب مدى حياته لشخص آخر، ينتهى التزامه بحلولالاجل المنهى (الوفاة) ولكن تظل ذمة الورثة بالمرتب الذي استحق عن المدة السابقة على الوفاة.

الفصل الثالث

تعدد محل الالتــــزام

تقديـــم:

٤٢ - قد يتـعدد محل الالتزام بحيث يشمل اشيـاء متعددة. غـير ان هذا التعدد قـد يتضمن الجمع بين قِيمَ مـتعددة، كمحل للالتـزام، كل منها واجب الاداء على قدم المساواة. أى أنها جـميعها واجبـة الاداء فى ذمة المدين. ومثال ذلك المتقاسم الذى يلتـزم - نتيجة للقسـمه - بان يعطى للمتقاسم مـعه قطعة أرض، ومبـلغا من النقـود كمـعدل لفـروق القسـمة، وكـالمقاول الذى يلـتزم بالبناء، وبتزويد المبنى بعد اتمامه باجهـزة تكييف مركـزى... الخ. وهكذا نجد فى هذه الامثلة أن المدين يلتزم بأكثر من محل لاداء يؤديه الى الدائن، ويتعين عليه، لكى تبـرأ ذمته مما هو مدين بـه، ان يفى بجميع ما تعـهد به وفقا للعـقد المبرم بينه وبين الدائن، دون ان يكون له خيار آخر. كما ان عليه ان يفى بكامل محال الالـتزام، ولا يجوز له اجبـار الدائن على قبول وفاء جـزئى ببعضٍ من محـال الالتزام، سواء انـصرفت التجـزئة الى تجزئة المحـال كل على حده، او انصرفت الى تجزئة احد المحال بمفـرده». واذا هلك أحدها او جزء من أحدها، طُبِّقتْ أحكام الهلاك الجزئى، بحيث يسـقط جزء من الالتزام المقابل يعادل ما هلك. كل ذلك ما لم تكن الصفقـة غير قابله للتجزئة لاعتبـارات شخصيه او موضـوعيه. فـفى هذه الحالة الاخيـرة يفسخ العـقد جميعه. وأخـيرا يوصف الالتزام بانه عقارى اذا كانت محـالة عقارات، ويوصف بأنه مختلط اذا كانت محاله بين عقار ومنقول.

ولا تختلف احكام الالتزام ذى المحـال المتعددة، الواجبة الوفاء جـميعا، عن الالتـزام ذى المحل الواحد. فـالفروق، فى حدود مـا سلف ذكره، لـيست

بذات اهمية كبيرة، حيث يحتفظ الالتزام، رغم تعدد محاله، على نحو ما عرضنا، بذات بساطة احكام الالتزام ذى المحل الواحد.

يلاحظ ان هذه الصورة السابقة لا تختلط بصورة اخرى **تتعدد فيها الالتزامات الناشئة عن عقد واحد.** والتعدد هنا هو **تعدد فى الالتزامات وليس تعددا فى محل الالتزام الواحد.** ومن ذلك ان **عقد البيع** مثلا ينشئ عدة التزامات على عاتق البائع منها الالتزام بنقل الملكية فى الحالات التى لا تنتقل فيها الملكية بمجرد التعاقد، والالتزام بتسلم الشئ المبيع، والالتزام بالضمان، سواء ضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض والاستحقاق.

وفى **عقد الايجار** يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع، ويلتزم بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض، كما يلتزم بصيانه العين المؤجرة بحيث تستمر صالحة لاداء الغرض من الانتفاع بها. كما يلتزم المستأجر بدفع الاجرة، ويلتزم بالمحافظة على العين المؤجرة، ويلتزم برد العين عند انتهاء الايجار بالحالة التى تسلمها عليها.. وهكذا فان العقد بصفه عامة ينشئ شبكة من الالتزامات والحقوق المتقابلة بين طرفيه. والالتزامات المتعددة، على نحو ما سلف ذكره، واجبة الاداء جميعا، وإن كان توقيت الوفاء بها هو الذى قد يختلف بحسب طبيعة العملية العقدية، وبحسب التسلسل المنطقى لتنفيذ الالتزامات المختلفة.

غير ان القانون المدنى يعرف صورتين اخريين لتعدد محال الالتزام هما **الالتزام التخيرى والالتزام البدلي.**

- **والالتزام التخييرى** Obligation alternative هو الالتزام الذى تتعدد فيه محال الالتزام، ولكن المدين لا يلتزم بها جميعا بل **تبرأ ذمته**

بالوفاء بواحد منها. والاصل ان للمدين ان يختار من بينها ما يفى بـه. ومثال ذلك ان يلتـزم المدين بأن يسلم دائنه قطعـة ارض فضـاء أو كمية من البضائع المحددة. كذلك الحال لو التزم شخص بان يعطى لشخص مبلغا شهريا محددا أو أن يوفر له مـسكنا علي نفقـته، أو أن يلتـزم المشترى - حـسب اختـياره أن يسدد الثمن عمـله مصرية أو أجنبيه محددة. والاصل - كـما اشرنا- فى هذا الالتزام ان الخـيار للمـدين، فهـو الذى يختـار من بين الاشيـاء المتعـددة ، ايها يكون محلا للوفـاء. ويجوز ان تكون الاشياء، التى يختار المدين بينـها، شيئين أو اكثر.

- أما **الالتزام البدلى** Obligation Facultative : فهـو التزام **غير متعدد المحال، بل ان للالتزام محلاً واحداً رئيسياً**، ولكن للمدين ان يتحلل من التزامـه بتقـديم شئ اخر. ومـثال ذلك ان يلتـزم شخص بتسلـم قطعة ارض، ولكن لهذا الشخص التخلص من التزامـه بتسليم الدائن سيارة نقل. وفى هذه الحالة الخـيار للمدين وحده. **والفارق بين الالتـزام التخييرى والالتـزام البدلى بالتالى هو ان الاول يتضـمن محال متعددة، تقف على قـدم المساواة فى الوفاء بها للمدين، ولا يؤثر على صحة الالتزام هلاك احداها. أما فى الالتزام البدلى فللالتزام محل رئيسى واحد، فـاذا هلك انقضى الالتزام من على عاتق المدين. بالاضافة الى الاختلاف في احكام اخرى** نعرض لها فى المباحث التالية.

المبحث الاول

الالتزام التخييرى

المطلب الاول

تعريفه ومصادره وتمييزه عن غيره

١ - تعريف الالتزام التخييرى وضوابطه :

٤٣- عرضت للالتزام التخييرى المواد ٢٧٥ و ٢٧٦ و ٢٧٧ من القانون المدنى. وقد عرفته المادة ٢٧٥ مدنى بقولها «يكون الالتزام تخييريا اذا شمل محله اشياء متعددة تبرأ ذمه المدين براءة تامه اذا ادى واحدا منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون او يتفق المتعاقدان على غير ذلك».

ويتضح من هذا التعريف ان السمة الاساسية للالتزام التخييرى ان محل الالتزام يشمل اموراً أو اشياء متعددة، ولكن المدين لا يلتزم بادائها جميعا، بل يكون له الخيار في الوفاء بواحد منها فقط. ويشبه الاستاذ السنهورى هذا التعدد، وهذه المساواة بين الاشياء فى الوفاء بواحد منها، بان التخيير ضرب من التضامن ما بين الاشياء، شبيه بالتضامن ما بين الاشخاص، **هو تضامن عينى موضوعى** الى جانب تضامن المدينين الشخصى الذاتى. والتضامن العينى من شأنه، كالتضامن الشخصى، ان يقوى ضمان الدائن، فاذا اصبح تنفيذ محل من المحال المتعددة للالتزام التخييرى مستحيلا، جاز أن ينفذ محلاً اخر ، فيتسع بذلك مجال التنفيذ ويقوى ضمان الدائن[1]».

---

(١) السنهورى، اوصاف الالتزام، رقم ٨٦.

ويلاحظ ان الالتزام يكون تخييريا حسب حالته عند نشأة هذا الالتزام، فاذا ورد على اشياء، او اداءات، متعددة، ممكنه ومشروعه، كان التزاما تخييريا. أما اذا نشأ كذلك ولكن تبين ان محلا واحد هو الذى يصلح للاداء، فى حين ان الاداءات الاخرى لا تصلح، فان الالتزام يكون التزاما بسيطا رغم ما وصف به من انه التزام تخييرى.

ومفاد ذلك ان **وصف التخيير منوط بتعدد تقوم معه مكنه الاختيار**، وفى ذلك تقرر المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى انه «اذا امتنع الالتزام باكثر من امر واحد، بسبب عدم توافر الشرائط القانونية فيما عداه (كما اذا كان الامر الاخر تكليفا غير ممكن او غير مشروع) فلا يكون للالتزام من وصف التخيير الا الظاهر، اذ الواقع انه ينعقد بسيطا غير موصوف[1]». وقد نصت على هذا المعنى صراحة المادة ١١٩٢ من القانون المدنى الفرنسى بقولها «ان الالتزام **يكون بسيطا ولو عقد على سبيل التخيير اذا كان احد الشيئين اللذين ورد عليها الالتزام لا يصلح محلا**».

وفيما خلا هذا التحديد الاخير، فان الاداءات، أو الاشياء، التى تكون محالا للالتزام قد تكون اثنين، وقد تكون اكثر من ذلك[2]. كما انها قد تتنوع بين عقار ومنقول ونقود وعمل وامتناع عن عمل. وعلى ذلك فجميع الاداءات وجميع الاشياء، تصلح محالا للتخيير بينها، ولكن بشرط ان تتوافر فى كل منها شروط الصحة القانونية.

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى -٢- ص ٤٣٦.

(٢) يلاحظ ان الالتزام التخييرى معروف فى فقه الشريعة الاسلامية تحت اسم خيار التعيين، وهو غير جائز فى أكثر من ثلاثة أمور حتى لا يفضى الى المنازعة... ويمارس الخيار في مدة ثلاثة أيام (على خلاف فى الرأى فى شأن قدر المدة).

وأخيرا فلا يشرط ان تكون الاداءات، أو الأشياء، المتعددة متساوية أو متكافئة فى القيمة المالية، فقد تتفاوت فى قيمتها.. ولا مانع فى ذلك عملا بشريعة المتعاقدين، خاصة وان مفهوم الالتزامات التخييرية (وكذلك البدلية) ما هو الا تعبير عن مبدأ سلطان الارادة وحرية العاقدين فى خلق انماط من الالتزام وفق مصالحهما، ما دامت لا تصطدم بالنظام العام أو الآداب العامة.

وشروط المحال التى يرد عليها الالتزام التخييرى، هى ذات شروط المحل كما تقتضيها القواعد العامة في القانون المدنى والمنصوص عليها فى المادة ١٣١ وما بعدها. ومعنى ذلك انه يجب ان يتوافر فى كل محل من المحال المتعددة الشروط القانونية، وهى شروط الامكان (انتفاء الاستحالة م ١٣٢ مدنى) والمشروعية (م ١٣١ وم ١٣٥ مدنى)، وان يكون كل محل معينا او قابلا للتعيين (م ١٣٣ و ١٣٤ مدنى). ويجب ان تتوافر هذه الشروط وقت نشأة الالتزام كما سبق ان اشرنا فى موضع سابق.

٢ - مصادر الالتزام التخييرى :

المصدر الأول - الاتفاق :

٤٤- الاصل أن يكون مصدر التخيير هو الاتفاق. وقد اشرنا سلفا الى ان هذه الانماط من الالتزامات غير البسيطة هى تعبير عن مبدأ سلطان الارادة وشريعة العقد فيما لا يخالف النظام العام او الاداب العامة. فالعقد هو الذى يضع حدود التخيير، وهل هو بين شيئين أو اكثر، محددا نوعية هذه الاشياء (أو الأداءات). كما أن الاتفاق قد يحدد من له حق الخيار وهل هو المدين ام الدائن. غير ان العقد قد لا يحدد من هو صاحب الخيار، وفي هذه الحالة وضعت المادة ٢٧٥ مدنى مبدأ أن الاصل أن يكون الخيار للمدين، ما لم ينص

القانون او يتفق المتعاقدان على غير ذلك[١].

واذا كان الخيار للمدين، بحكم الاصل العام، فان له ان يختار محل الاداء. وفى هذه الحالة يلتزم الدائن بقبول الوفاء به. أما اذا كان الخيار للدائن، بحكم الاتفاق أو بحكم القانون، فان على المدين ان يفى بما يختاره الدائن دون منازعة.

ويلاحظ انه ليس هناك ما يمنع قانونا من ان يتفق الطرفان على ان يكون الخيار لطرف ثالث، أجنبى عن العلاقة العقدية، سواء لخبرته الفنية، أو لمجرد اختياره حكما فى تحديد محل الوفاء.

المصدر الثانى - القانون :

٤٥- قد يكون القانون[٢] هو مصدر الالتزام التخييرى، وذلك حين يحدد النص القانونى للمدين، أو للدائن أحيانا، مكنة الاختيار بين أمرين أو أدائين مختلفين. ومن ذلك نص المادة ٢٧٣ مدنى فى شأن سقوط الاجل اذا أضعف المدين الى حد كبير التأمين الخاص الذى اعطاه للدائن، اذ رتب النص على ذلك ان للدائن ان يتمسك بسقوط الاجل او ان يطلب تكمله التأمين. فاذا كان إضعاف التأمين بسبب أجنبى فان الخيار للمدين إما ان يفى بالدين حالا او أن يقدم ضمانا كافيا. وكذلك الحال فيما سبق أن اشرنا اليه من خيارات عند هلاك المال المرهون، فى الرهن الرسمى أو الرهن الحيازى، عملا بالمادتين ١٠٤٨ و ١٠٩٨ مدنى. وفى هذه الأحكام ينعقد الخيار للدائن إذا

(١) ويجب أن يكون الاتفاق على خيار الدائن - خلافا للاصل - صريحا، اذ لا يجوز افتراضه.

(٢) راجع المذكرة الايضاحية ا، السابقة، ص ٤٣٤ وما بعداها.

كـان هلاك المال المرهون أو تلفـه بخطأ الراهن. وعلى العكس ينعـقـد الخيـار للمدين اذا كان الهلاك أو التلف بسـبب أجنبى. والخيار فى الحالتين يكون بين الوفاء الفورى أو تقديم تأمين كاف.

كذلك يدخل ضـمن الالتزام التخيـيرى، المقرر بحكم قـانونى، ما نصت عليه المادة ٢٧٤ مدنى والتى نصت عـلى اذا خشى الدائن فى الالتزام المؤجل، افلاس المدين أو اعساره، واستند فى ذلك الى سـبب معقول، يخير المدين بين دفع الدين فوراً أو تقديم تأمين كاف.

٣ - تمييز *الالتزام التخييرى* عما قد يشتبه به :

٤٦- قد تثور شبهة اختلاط الالتزام التـخييرى بغيره من الحالات التى قد تبدو فيـها ظاهريا ان هناك خيارا بين عـدة امور أو اداءات. ومن هذه الحالات حالة الالتـزام بشئ غير مـعين ضمن أشياء مـعينة، وحاله الاتفـاق على شرط جزائى.

أ - التفرقة بين الالتزام التخييرى والالتزام بشئ غير معين بالذات:

٤٧- قد يلتزم المدين بشئ معين بالنوع، أى بشئ مـثلى، كالالتزام بكمية من الغلال محـددة. ففى هذه الحالة لا تنقل الملكية الى الدائن، فى عـقد البيع، الا بالافراز. ومع ذلك فـان التزام البائع بالافراز لـيس التزاما تخيـيريا، فليس هناك اختـيار للدائن، ولا للمدين، لانه لا اخـتلاف بين جزئيـات الشئ المبيع، فمحل البيع شئ واحد متمـاثل المفردات، غاية الامر ان نقل ملكيته الى الدائن يضع على عاتق المدين التزامـاً بالافراز حتى تتحدد الكمية التى تنتـقل ملكيتها الى المشترى. فليس هـناك اذن تعدد فى المحال، وليس هناك اختيـار لاحد. أما فى الالتزام التـخييـرى فالمحال متعدده ومـختلفة. والاخـتيار مـن بينها يكون للمدين اصلا، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.

وتمثل هذه التفرقة أهمية كبيرة من الناحية القانونية، ومن مظاهرها:

١ - فى الالتزام التخييرى اذا تم اختيار احد المحال وأعْذِرَ الدائن بالتسليم، فان الهلاك، بعد هذا الاعذار، يقع على الدائن (المشترى) طالما انه لم يتسلم رغم اعذاره. أما فى الالتزام بشئ غير معين بالذات فان تبعة الهلاك تتحدد فى ضوء توقيت الفرز والاعذار. فاذا تم إعذار المشترى أولا ثم تلاه الفرز، ثم حدث الهلاك قبل التسليم، فان تبعة الهلاك تقع على البائع وعليه ان يسلم شيئاً آخر مماثلا، ذلك ان **الاعذار قبل الفرز** حدث قبل انتقال الملكية الى المشترى. أى أنه اذا تم الفرز ثم تلاه إعذار المشترى بالتسليم ولم يفعل فان تبعه الهلاك تقع عليه.

٢ - لا تثور مشكلة فى انتقال الملكية فى الاشياء المعينة بالنوع (المثليات) فهى تنتقل بالفرز، وبالتالى فاذا بيع شئ مثلى، فى الالتزام البسيط، فيكفى لصحة البيع أن يكون المبيع مملوكا للبائع عند الفرز فحسب. أما في الالتزام التخييرى فيجب أن تتوافر فى محال التعاقد شروط الصحة وقت نشوء الالتزام، فاذا كان احد المحال شيئا مثليا وجب أن يكون مملوكا للبائع وقت التعاقد ولا يكفى أن يكون كذلك وقت الفرز فقط(١).

٣ - فى الالتزام التخييرى يُنْتِجُ الاختيار أثره باثر رجعى، إذ يستند أثره الى الماضى. وبالتالى فان ملكية الشئ محل الاختيار تكون للدائن من وقت البيع لا من وقت الاختيار. أما فى الالتزام البسيط بشئ غير معين بالذات (المثليات) فالملكية لا تنتقل الا بالافراز ومنذ وقت اجرائه فحسب.

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ٩٠.

ب - التفرقة بين الالتزام التخييرى والشرط الجزائى:

٤٨ - يعرف الشرط الجزائى بأنه اتفاق بين المتعاقدين على تحديد التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام، بمبلغ جزافى. فالشرط الجزائى هو تعويض اتفاقى. ويترتب علي هذا الوصف ان الشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الاصلى، فاذا بطل هذا الاخير بطل الشرط الجزائى (والعكس ليس صحيحا). وكذلك الحال اذا سقط الالتزام الاصلى لاى سبب من الاسباب. كالفسخ، أو اسباب الانقضاء الاخرى. غير ان الهام، في هذا المقام، هو أن الشرط الجزائى هو مجرد طريق احتياطى فى حالة عدم التنفيذ. فالتنفيذ العينى هو الاصل، فاذا كان ممكنا فمن حق الدائن ان يتمسك به. كما ان للمدين ان يعرضه، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرفضه. وحاصل ذلك انه لا يجوز العدول عن التنفيذ العينى الى التنفيذ بطريق التعويض إلا باتفاق المتعاقدين.

ومن هذه التحديدات يبدو الفارق واضحا بين الشرط الجزائى والالتزام التخييرى. **ففى الالتزام التخييرى تقف المحال المتعددة على قدم المساواة من** حيث امكانية اختيار واحد منها من جانب من له حق الخيار، فليس من بين هذه المحال محل اصلى ومحل احتياطى.

لذلك فانه اذا اصبح احد المحال مستحيلا فى الالتزام التخييرى، بسبب أجنبى، فان الشئ أو الاداء الآخر يصبح مستحقا، أى ان استحالة أحد المحال لا يسقط المحل الاخر ، حيث لا يرتبط المحلان برابطة تبعية، وذلك بعكس تبعية الشرط الجزائى للالتزام الاصلى.

المطلب الثانى

احكام الالتزام التخييرى

٤٩ - تتمثل المشكلات التى تنشأ عن الالتزام التخييرى فى ثلاثة أمور، **الأول** هو كيفية تعين المحل الذى يختاره المدين، أو الدائن، بحسب الاحوال، وما قد يعترض هذا الاختيار من عقبات. **والثانى** : ما يترتب على ممارسته من أثر رجعى، والامر **الثالث** يتصل ببحث اثر هلاك المحال التى ورد عليها الالتزام كلها او بعضها قبل ممارسة الاختيار.

اولا - اختيار المحل واجب الاداء :

٥٠- اشرنا فيما سبق الى أن الاصل أن الاختيار ينعقد للمدين، ومع ذلك قد ينعقد للدائن، إما بحكم نص فى القانون، وإما باتفاق الطرفين. وفى الحالتين قد تثور مشكلة الاختيار اذا توفى من له الحق فيه، او اذا ما امتنع عن ممارسة حقه.

وقد نصت المادة ٢٧٦ مدنى على أنه: «(١) اذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين اجل يختار فيه المدين، أو يتفق فيه المدينون، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام». «(٢) اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، او تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضى أجلا اذا طلب المدين ذلك، فاذا انقضي الاجل انتقل الخيار الى المدين».

ويلاحظ أن هذا النص السابق قد وضع حكما مختلفا في حالة خيار المدين عنه فى حالة خيار الدائن، سواء فى حالة الامتناع سواء فى حالة عدم الاتفاق بين اصحاب الخيار اذا تعددوا.

أ- تعيين محل الالتزام التخييرى عندما يكون الخيار للمدين:

٥١- الخيار هو تعبير عن الارادة بقصد إحداث اثر قانونى، وهذا الاثر هو تحديد محل الالتزام من بين المحال المتعددة. ويتم هذا التعبير باعلان المدين عن ارادته فى ذلك الى الدائن. وينتج التعبير عن الارادة، فى هذا الخصوص، اثره بوصوله الى علم من وجه اليه، وهو الدائن، وفقا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٩١ من القانون المدنى. ويجوز للمدين قبل وصول تعبيره الى الدائن أن يعدل عنه أو أن يعدّل فيه، والعبرة بالتعبير الذى يصل قبل الاخر وهل هو التعبير الاول أم التعبير المعدل.

وقد يتم تعبير المدين عن ارادته بتنفيذ الاختيار من الناحية الفعلية، وذلك بأن يقوم فعلا بتنفيذ الالتزام فى أحد محاله المتعددة. يستوى فى ذلك ان يكون التنفيذ تنفيذا كليا أو تنفيذا جزئياً. فالمدين الذى يبدأ فى التنفيذ دون ان يكمله يعتبر انه قد عبر نهائيا عن ممارسة اختياره بما لا مجال معه للعدول او التعديل. ومن **ناحية أخرى** فان الاختيار يعتبر قد تم ايضا بقيام المدين بعرض احد المحال على الدائن عرضا حقيقيا، وفقا للقواعد المقررة قانونا. وتستوى جميع الصور الثلاث السالف ذكرها فى اعتبارها اختيارا نهائيا لا عدول عنه ولا تعديل فيه.

ويجب علي المدين فى جميع الحالات ان يحدد اختياره في حدود الاشياء أو الاداءات المتفق عليها، فلا يتجاوزها الى غيرها. كما ان المدين لا يستطيع بطبيعه الحال ان يختار شقا من كل محل من محال الالتزام. وكل ذلك تطبيق لمفهوم الالتزام التخييرى بانه التزام متعدد المحال عند النشأة ولكنه آحادى المحل عند الوفاء[1].

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى، السابق، ص ٤٣٦ و ٤٣٧ .

وقد وضعت الحكم السابق صراحة المادة ١١٩١ من القانون المدنى الفرنسى بنصها «**تبرأ ذمة المدين بالوفاء بأحد الشيئين المتفق عليهما، ولكنه لا يستطيع جبر الدائن على استيفاء جزء من شئ وجزء من الآخر**». **ولكن اذا كان الالتزام التخييرى قد ورد فى اطار عقد دورى التنفيذ، كما هو الحال فى عقد التوريد، فان للمدين فى كل دورة من دورات التنفيذ ان يورد صنفا من الاصناف المتفق على توريدها**. ومعنى ذلك ان المدين ليس ملزما بتثبيت اختياره وفقا لما قام بتنفيذه فى الدوره الاولي من دورات التنفيذ، او فى اى دوره لاحقه. فمورد الاغذية لاحدى المستشفيات، أو المدارس، أو المدن الجامعية، اذا كان له الاختيار فيما بين اصناف محددة من اللحوم مثلا، فان له فى كل دورة تنفيذ ان يفى بصنف منها دون التقيد بهذا الصنف طوال مدة العقد، ولكن ذلك مشروط بالا يتضمن العقد شرطا يفيد العكس.

والاصل ان يتم تنفيذ الخيار فى الاجل المتفق عليه، إن وجد اتفاق في هذا الشأن، فان لم يوجد ففى المدة المعقولة.

واذا امتنع المدين عن ممارسة اختياره فى المدة المحددة، أو فى المدة المعقولة، فقد تكفلت المادة ٢٧٦/ ٢ مدنى بوضع الحل المناسب. وهذا الحل يواجه فرض امتناع المدين عن الاخيار، كما يواجه فرض تعدد المدينين وفشلهم فى الاتفاق على ممارسة الخيار. ففي هذين الفرضين، يجوز «للدائن أن يطلب من القاضى تعيين اجل يختار فيه المدين، او يتفق فيه المدينون على الاختيار، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام»، وبالتالى فان المشرع يكون قد اسند الى القاضي مهمة تعيين محل الالتزام حلا للمشكلة التى يثيرها تعنت المدين، بامتناعه عن الاختيار، او فشل المدينين

المتعـددين فى الاتفاق على رأى واحـد. وقيام القـاضى بهذه المهـمة، هو الحل الوحـيد، وفـقـا لصـراحة النـص، وبالتالى لا وجـه لإسناد هذه المهـمـة ، فى الفرضين سالفى الذكر، الى الدائن.

واذا توفى المدين، قبل ممارسة الاختيار، انتقل حقه الى ورثته، ويخضعون لذات الاحكام السالف ذكرها، حيث ينتقل الاختيار الى القاضى اذا لم يتفقوا على ممارسته خلال الاجل الذى يُضرب لهم[1].

ب - تعيين محل الالتزام التخييرى عندما يكون الخيار للدائن:

٥٢- اشرنا فيما سبق الى ان الاصل هو خـيار المدين، ما لم يوجد اتفاق او نص قانونى بـاعطاء الخيار للدائن. وقـد اشرنا الى امـثلة لنصوص قـانونية تعطى الخيـار للدائن. كما ان من المتـصور عملا ان يتـفق على التزام تخيـيرى يكون الخيار فيه للدائن. فمع ضخامة الانتاج الحديث وتنوعه، وكثره الاجهزة الاستهـلاكية المتـعددة، والتى قد تؤدى ذات الغرض، فـقد يحتفظ المسـتهلك عندمـا يبرم عـقد شراء بحـقه فى الاخـتيـار بين عدة سلع، أو عـدة نماذج من منتج، أو من خدمات.

ويمارس الدائن اختيـاره وفق ذات الضوابط التى سبق ان اشرنـا اليها فى شأن المدين، باعلان اختياره، أو بالتنفيذ الفعلى للاختيار[2].

ولكن، على عكس الحال بالنسـبة للمدين، فان للدائن ان يسـتوفى جزءاً من محل مـعين، ويعتبر ذلك اسـتنفادا لسلطته فى الاخـتيار، بحيث لا يكون

---

(١) راجع: المذكرة الايضاحيـة، السابق، ص ٤٣٩. ويلاحظ ان القاضي حين يمارس سلطته في الاختيار انما يستـرشد بظروف التعـاقد وملابساته وبـالنية المشتركـة للطرفين، وهو يرجح مصلحة المدين عند الشك.

(٢) لا يتصور بطبيعة الحال اسلوب العرض القانونى الا من جانب المدين.

بوسعه ان يعـدل الى سلعة أخرى أو الى أداء آخر. وهو ما يتـفق مع قاعدة ان الدائن لا يجبر على قبـول الوفاء الجـزئى، ولكن اذا قام به بنفـسه فانـه يلتزم بمقتضاه ويتقيد به فى اختياره النهائي لمحل الالتزام.

ويتقيد الدائن بمحل واحد من المحـال المتعددة، وهو فى ذلك كالمدين، لا يستطيع ان يستوفي جزءاً من شئ وجزءاً من شئ آخر. كما يتقيد بالاختيار فى حدود الاشيـاء او الاداءات المحددة في العقد، فلا يتجـاوزها الى غيرها. واذا كان العقـد دورى التنفيذ فان له، كمـا اشرنا بالنسبة للمدين، ان يخـتار صنفا معينا فى أحدى دورات التنفيذ وصنفا اخر فى دورة اخرى.

وعلى الدائن ان يمارس خياره في المدة المحـددة، او فى المدة المعقولة، فاذا امتنع، او تعـدد الدائنون ولم يتفقـوا فيمـا بينهم على الاختيـار «عين القاضى اجـلا، إن طلب المدين ذلك، فاذا انقـضى الاجل انتـقل الخيـار الى المدين» (م ٢٧٦/ ٢مدنى). **ويلاحظ ان المشـرع فى هذه الحـالة (حالة خـيـار الدائن) لم ينقل السلطـة الى القـاضى، فى حـالة الامتـناع، بل نقلهـا الى المدين** بصريح النص، وهى مراعاة واضحة لجانب المدين.

واذا توفى الدائن انتـقل الخيار الـى ورثته، فاذا لـم يمارسوا هذا الخـيار او اختلفوا فى شأنه، انتقل الخيار للمدين على نحو ما سلف ذكره.

وأخـيـرا فاذا كـان الاتفـاق بين الدائن والمدين علـى ان يكون الاختـيـار لأجنبى عنهمـا، فان عليه ان يختار وفقـا للضوابط السالف ذكـرها، فى شأن اختيار المـدين والدائن. فاذا امتنع عن الاختيار تم إعـذاره الى اجل محدد بناء على طلب احد الطرفين، فـاذا امتنع عن الاختيار فـلا سبيل الا ان يكون ذلك معقودا بسلطة القـاضى، حيث لاسبيل الى اسناد المهمة لاى منهـما بغير نص صريح فى هذا الشأن.

ثانيا- الاثر الرجعى لتعيين محل الالتزام التخييرى :

٥٣- اذا تمت ممارسة الاختيار، اعتبر الشئ الذى وقع عليه الخيار، كما لو كـان هو الواجب الاداء وحده من بادئ الامـر[1]»، وخرجت بالتـالى المحال الاخرى من نطاق الالتـزام، وانقلب هذا الالتزام، بالتالى ، من التزام تخـييرى الى التزام بسيـط، بل انه يعتبر التزامـا بسيطا منذ نشأته. ويعـبر عن هذا القول بأن للاختيار أثراً رجعياً.

وقاعدة الاثر الرجعـى، كما هو شأنها فى جميع مـواضع الاخذ بها، هى مجـرد حيـلة قانونيـة تعود بأثر حـال- أى فى الحاضـر- إلى الماضي، ولذلك كانت محلا لجدل بين مؤيد لها[2] ومعترض على إعمالها[3].

وفى تأييـد الاثر الرجـعي، أو بالادق تفـسيـره، قـيل ان المحل الذي تم اختياره هو احـد محال الالتزام منذ نشأته، غاية الامر انه كان شـائعا مع غيره، وبتعيينه تركز فيه وصف المحل الوحيد منذ نشوء الالتزام. ولذلك فان للتعيين أثراً رجعياً.

ويترتب على الاثر الرجعى عند القائلين به عدة نتائج :

١ - تتحـدد طبيعة الالتـزام وهل هو التزام منقول او عقـارى بأثر رجعى فى ضوء ما تم من اختيار، وباثر رجـعى. وذلك فى الحالات التى يتراوح فيها الاختيار بين منقول وعقار.

---

(١) المذكرة الايضاحية، السابق، ص ٤٣٧.

(٢) مثلا السنهورى، السابق، رقم ٩٧، اسماعيل غنتم، أحكام الالتزام، رقم ١٥٤.

(٣) مثلا عبد الحى حجازى -١- ص ١٩٨.

٢ - اذا كـان من بين المحال المتعـددة منقول مـعين بالذات، ووقع عليـه الاختيار، فان ملكيته تنتقل الى الدائن منذ نشأة الالتزام.

٣ - اذا تصرف الدائن قبل ممارسة مكنه الاختيار، ثم ورد اختياره على ما تصرف فـيه، فـانه يكون قد تصـرف فيـما يملك، وذلك بحكم الاثر الـرجعى للاختـيار. وينطبق هذا الحكم حتى لو كـان الاختيـار قد وقع على عقـار باعه الدائن وسجله للمشـترى قبل ممارسه مكنه الاختيار.. فـفى هذا الفرض تنتقل الملكية الى المشترى من وقت التسجيل رغم انها سابقه على وقوع الاختيار.

ومع ذلك فـاننا نلاحظ ان هذه النتيـجة ليست بذات قيمـة كبيرة، ولا يحتـاج ترتيبها لإعـمال فكرة الاثر الرجعى. ذلك ان الملكيـة تنتقل بالتسـجيل الى المشـترى، حـتى ولو وردت علي ملك الغـير. ولو ان الدائن، فى الالتـزام التخييرى، لم يقع اختياره على العـقار الذى نقل ملكيته الى الغير، فان احكام بيع ملك الغـير هى التى تطبق، امـا اذا اختـاره، فان وضع المشتـرى يزول عنه القلق، ويمتنع على البائع ان يتعرض له.

٣ - انه اذا أُشْهِرَ إفلاس المدين، او اعـساره، قبل ممارسه مكنه الاخـتيار، فان للدائن بعد اخـتيار شيئاً مـحدداً ان يسترده من تفليسه المدين، باعـتبار انه مالك له منذ نشأة الالتزام.

ثالثا- اثر هلاك المحل على الالتزام *التخييرى*:

٥٤- يثـور البـحث في هذا المقـام عـن اثر الهـلاك على بقـاء الالتـزام التخـييرى. وقد يلحق الهلاك جمـيع الاشياء التى يرد عليها الالتـزام، يستوى فى ذلك الهلاك المادى للاشـياء، او الاستحـاله القانونية لاداءات اصبحت - فرضا - محظورة بحكم القانون.

فاذا هلكت جميع الاشياء، او استحالت جميع الاداءات، وكان ذلك لسبب اجنبى، فان القاعدة العامة تقضى بانقضاء الالتزام: « ينقضى الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب اجنبى لا يد له فيه» م ٣٧٣ مدنى، ولا رجوع لاحد الطرفين - فى هذه الحالة - على الآخر بالتعويض.

وفيما خلا هذا الفرض الذى لا يثير صعوبه تذكر، نعرض لفروض اخرى نحددها فيما يلى:

الصورة الاولى: هلاك أحد الاشياء بسبب اجنبى :

في هذه الحالة اذا كان محل الالتزام اشياء متعددة، وهلك واحد منها فان للمدين - اذا كان له الاختيار- ان يمارس اختياره فيما بقى من محال. وكذلك الحال اذا كان الاختيار للدائن.

أما اذا كان محل الالتزام شيئين فقط وهلك احدهما بسبب اجنبى، فليس أمام من له الخيار - مدينا كان أم دائنا - الا ان يختار ما بقى قائما منها.

الصورة الثانية :حالة الهلاك، أو الاستحالة بسبب يعود الى المدين:

وهو الفرض الذي تعرضت له المادة ٢٧٧ مدنى: «اذاكان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الاشياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسئولا عن هذه الاستحاله، ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الاشياء، كان ملزما بأن يدفع قيمه اخر شئ استحال تنفيذه». ومفاد ذلك ان محل الالتزام يتحدد فى قيمة الشئ الاخير، حسبما جاء بالنص، فيكون على المدين دفع قيمته كتعويض للدائن. ويلاحظ ايضا ان مؤدى ذلك انه اذا اقتصرت الاستحالة، بخطأ المدين، على احد محال التخيير، فان على المدين ان يفى بما يقوم به وصف الامكان حتي لا يفيد هذا المدين من خطئه.

الصورة الثالثة: حالة الهلاك والاستحالة بخطأ الدائن:

اذا كان الخيار للدائن، وورد الهلاك على أحد محال الالتزام التخييرى دون الآخر، فان للدائن أن يختار المحل الهالك وبالتالى تبرأ ذمة المدين دون رجوع على الدائن بشئ. أما اذا اختار الدائن المحل غير الهالك فان للمدين أن يرجع عليه بقيمة المحل الذى هلك بخطئه.

أما إذا هلكت جميع المحال بخطأ الدائن فان ذمة المدين تبرأ من الالتزام وله الرجوع على الدائن بالتعويض عن قيمة المحال الزائدة التى هلكت[١].

(١) المذكرة الايضاحية، السابق، ص ٤٤٣ و ٤٤٤.

المبحث الثاني

الالتزام البدلـــى

المطلب الأول

تعريفه ومصادره وتمييزه عن غيره

تعريف الالتزام البدلي :

٥٥- أشرنا فيما سبق إلى أن الالتزام البدلي هو التزام له محل واحد اصلى، يلتزم المدين بالوفاء به. غير أن للمدين أن يفى بشئ آخر بديل عن المحل الاصلى (م ٢٧٨/ ٢ مدنى). ويحدد الاتفاق المحل الاصلى والمحل البديل. كأن يلتزم المدين بتسليم قطعة ارض فإن لم يستطع فان له، أي المدين، أن يسلم للدائن سيارة نقل، أو أن يلتزم المدين، فى عقد المقرض أن يسدد مبلغ الدين عند حلول الاجل، فان تعذر عليه ذلك كان فى إمكانه ان يعطى للدائن سيارة... وهكذا. ويجب ان تتوافر فى المحلين، لكى يكون الالتزام بدليا، كافة شروط الصحة القانونية. فاذا توافرت فيهما كان الالتزام بدليا. أما اذا توافرت الشروط فى المحل الاصلى وتخلفت كلها أو بعضها فى المحل البديل، فان هذا الاخير يسقط ولا يعتد به ويكون الالتزام قد نشأ بسيطا. أما **اذا تخلفت شروط الصحة القانونية فى المحلين معا فلا تقوم للالتزام قائمة من أساسه.**

ومن ناحية أخرى فقد أشرنا إلى أن الالتزام التخييرى يقوى ضمان الدائن فى الحصول على أحد المحال المتعددة، وان الاختيار للمدين اصلا، وقد ينعقد للدائن بحكم القانون او بالاتفاق. أما الالتزام البدلى فهو يحقق مصلحة للمدين الذى يجوز له ان لا يفى بالالتزام الاصلي وأن يختار الوفاء بالالتزام البدلى. فالاختيار للمدين دائما، وليس للدائن أن يطلب من المدين

الوفاء بالمحل البديل، فهذا المحل البديل ليس هو محل الالتزام الاصلى.. انما هو خيار لمصلحة المدين وحده. وحاصل ذلك أن الدائن لا يستطيع أن يطلب الوفاء بالمحل البديل، فى حين ان المدين يستطيع أن يعرضه وتبرأ ذمته بالوفاء به. كذلك يترتب على المفهوم السابق انه اذا هلك المحل الاصلى أو استحال انقضى الالتزام. وأخيرا فان طبيعة الالتزام من حيث كونه عقاريا أو منقولا تتحدد بطبيعة المحل الاصلى وحده.

مصادر *الالتزام البدلى* :

المصدر الأول - الاتفاق :

٥٦- قد يتفق على وصف البدل بموجب العقد بين طرفيه. وفي هذه الحاله يكون العقد هو مصدر خيار البدل. ويري بعض الفقهاء[١] أن المثال الواضح لذلك هو الالتزام المقترن بالعربون. فالعربون ثمن للعدول اذا رغب فى ذلك احد المتعاقدين.فللدائن، أو للمدين، أن يتخلص من التزامه الاصلى بالتخلى عن قيمة العربون.. وبالتالى يكون العربون محلا بديلا عن محل الالتزام الاصلى. ففى حالة البيع المقترن بدفع العربون يجوز للمشترى ان يعدل عن الصفقه اذا كان قد دفع العربون، وذلك باستحقاق قيمة العربون للبائع. واذا كان من يرغب فى العدول هو البائع، وكان قد قبض العربون، وجب عليه ان يرد ما قبضه وان يرد مثله. وعلى هذا النحو يكون الالتزام بدليا، محل الالتزام الاصلي فيه هو تنفيذ الصفقة، ويكون المحل البديل هو فقد قيمة العربون.

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ١٠٨

٥٧- قد يكون القانون هو مصدر خيار البدل. وقد تضمنت نصوص القانون المدنى تطبيقات عدة[١] في هذا الشأن نورد فيما يلى منها :-

١ - ما نصت عليه المادة ١٢٩/ ١ مدنى فى شأن ابطال العقد لعيب الاستغلال، اذ اجازت للقاضى، بناء على طلب المتعاقد المغبون، ان يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. غير ان الفقرة الثالثه من ذات المادة أعطت للطرف الآخر ان يتوقى دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن. وهذا الحكم الاخير يفترض توافر شروط الابطال، وبالتالى فان القضاء به يوجب اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها وقت التعاقد، فيلتزم المتعاقد الآخر أن يرد للطرف المغبون ما أخذه منه.. الا ان للأول ان يتوقى الابطال، وبالتالى يتوقى تنفيذ محل التزامه الاصلى (برد ما أخذه) اذا هو عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن. وهذا الحكم يقرر التزاما بدليا على عاتق المسئول عن الاستغلال، محله الاصلى تحمل الالتزام الناشئ عن دعوى الابطال، ومحله البديل - اذا اراد هذا المدين- أن يعرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن.

٢ - ما نصت عليه المادة ٤٤٢ مدنى من أنه «اذا توقى المشترى استحقاق المبيع كله او بعضه، بدفع مبلغ من النقود أو اداء شئ آخر، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشترى المبلغ الذي دفعه او قيمة ما اداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات».

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ١١٠

٣ - ما نصت عليه المادة ٤٦٠ مدنى من أنه: «(١) اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبه اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع».

٤ - ما نصت عليه المادة ٨٤٥ مدني، فى شأن الغبن فى القسمة، من أنه «(١) يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت احد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على ان تكون العبرة في التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة» «(٢) ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه ان يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقداً أو عينا ما نقص من حصته».

٥ - ما نصت عليه المادة ١٠٧٢ مدنى من أنه «اذا لم يختر الحائز ان يقضى الديون المقيدة او يطهر العقار من الرهن او يتخلى عن هذا العقار فلا يجوز للدائن المرتهن ان يتخذ فى مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لاحكام قانون المرافعات الا بعد انذاره بالدفع أو تخليه العقار المرهون...»،

٦- ما نصت عليه المادة ١١٩ مدنى من أنه «(١) اذا كان الشئ المرهون مهدداً بالهلاك او التلف او نقص القيمة بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن، ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شئ اخر يقدم بدله. جاز للدائن أو للراهن ان يطلب من القاضي الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصه أو السوق».

تمييز الالتزام البدلى عما قد يشتبه به:

قد تقوم شبهه الاختلاط بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى، كما قد تقوم هذه الشبهه بينه وبين الشرط الجزائى:

أ - التمييز بين الالتزام البدلى والالتزام التخييرى :

٥٨- تقوم التفرقة الجوهرية بين هذين الالتزامين على فكرة تعدد المحال أو وحده المحل. ففي الالتزام التخييرى تتعدد المحال على نحو متساو فيما بينها من حيث اختيار ما يتم الوفاء به، سواء باختيار المدين، وهو الاصل، أو باختيار الدائن أحيانا. أما في الالتزام البدلى فان المحل واحد، هو المحل الاصلى، وإن كان يجوز للمدين وحده (دائما) ان يستبدل، فى الوفاء بهذا المحل، محلا آخر. ولذلك فان التعدد فى هذه الحالة الاخيرة هو تعدد فى محل الوفاء، أى بما يمكن للمدين ان يفى به، وليس تعدداً في محل الالتزام بالمعنى الصحيح. ويترتب على هذا الاختلاف فى المفهوم القانونى عدة نتائج :

١ - ان مفهوم الالتزام التخييرى يستوجب، ان تتوافر شروط الصحة القانونية في المحال المتعددة على حد سواء، فاذا تخلفت فى بعضها وبقي منها محل واحد توافرت فيه الشروط، انقلب الالتزام بسيطا، وظل بالتالى قائما. أما فى الالتزام البدلى فلو تخلفت شروط الصحة في المحل الاصلى فان الالتزام ينقضى (لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية الاداء..) ولا يغير من هذه النتيجة ان يكون المحل البديل ممكنا ومشروعا. وينطبق ذات المنطق السابق فى حالة هلاك المحل. فاذا هلك المحل البديل فلا تأثير لذلك على بقاء الالتزام، لبقاء محله الاصلى، ولكنه ينقلب التزاما بسيطا. أما فى الالتزام التخييرى،

فلا ينقضى الالتزام بهلاك أحد المحال ما دام شيئاً واحدا من بين الأشياء المتعددة مازال قائما.

٢- ان الخيار في الالتزام التخييرى هو للمدين، وقد يكون احيانا للدائن على تفصيل سبق ذكره. أما في الالتزام البدلى فالخيار دائما للمدين فقط. ويترتب على هذه النتيجة نتيجة اخرى، سبق ان المحنا اليها عند التعريف بالالتزام البدلى، وهى أن المدين، وهو صاحب الخيار وحده، فى الالتزام البدلى، له ان يفى بالمحل الاصلى، وله اذا اراد ان يعرض عن ذلك ويفى بالالتزام البديل، أما الدائن فليس له الا ان يطالب بالمحل الاصلى فقط. أما فى الالتزام التخييري فان للدائن أن يختار، اذا كان الخيار له، أى الاداءات يكون به الوفاء.

٣ - أن ممارسة الخيار فى الالتزام التخييرى لها أثر رجعي. وقد سبق أن عرضنا لذلك، وما يترتب عليه من نتائج. أما في الالتزام البدلى فليس لممارسة الخيار أثر رجعى.

٤ - اذا تنوعت محال التزام التخييرى، بين عقار ومنقول، فان طبيعته لا تتحدد الا بعد انحصار الخيار في العقار أو المنقول[١]. أما الالتزام البدلي فتتحدد طبيعته بالمحل الاصلى وحده دون المحل البديل، وقد نصت علي هذا الحكم الاخير المادة ٢٧٨/ ٢ مدنى.

---

(١) يترتب على ذلك أيضا ان المحكمة المختصة تتحدد فى ضوء الاختيار في الالتزام التخييرى، فاذا ورد على عقار كانت هى محكمة موقع العقار (محليا) ووفقا لقيمته (قيميا)، أما فى الالتزام البدلى فالامر محدد منذ البداية فى ضوء المحل الاصلى، كذلك الحال فى شأن تحديد مكان الوفاء، حيث ان الوفاء بمنقول معين بالذات يكون في المكان الذى يوجد به الشئ وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد نص او اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٣٤٧ مدنى).

ب- التمييز بين الالتزام البدلي والشرط الجزائي :

٥٩- أشرنا فى موضع سابق إلى أن الشرط الجزائي هو اتفاق على التعويض باراده الطرفين، وأشرنا ايضا الى أنه التزام تابع للالتزام الاصلى، فاذا كان هذا الالتزام باطلا، أو سقط لأي سبب من الاسباب، سقط معه الشرط الجزائي. فضلا عن أن التنفيذ العينى يبقى هو المطروح أولا، ومن حق الدائن ان يتمسك به وكذلك المدين الذى من حقه ان يعرضه. ويترتب على هذا المنطق ان الشرط الجزائى لا يغير من طبيعة الالتزام الاصلى، وبالتالى لا يحوله الى التزام تخييرى او التزام بدلى، اذ لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول قيمة الشرط الجزائى بديلا عن محل الالتزام الاصلى، ما دام هذا الالتزام الاصلى ممكنا.

المطلب الثانى

احكام الالتزام البدلى

٦٠- لم يرد فى نصوص القانون المدنى عن الالتزام البدلى سوى نص المادة ٢٧٨. وقد عرفت فى فقرتها الاولى الالتزام البدلى، وأضافت فى الفقرة الثانية تحديدا مفاده ان الشئ «االذى يشمله محل الالتزام، لا البديل، هو وحده الذى يعين طبيعتة».

ولذلك فان الاحكام التفصيلية للالتزام البدلى، فى تنفيذه، انما هى عبارة عن مجموعة من النتائج المنطقية والقانونية، والتى تتفق مع تعريفه ومفهومه. ويحدد هذا المفهوم كيفية الوفاء، كما يحدد أثر الهلاك على الالتزام البدلى.

من حيث تحديد كيفية الوفاء:

٦١- ١- تقوم الفكرة الجوهرية، والتى عرضنا لخصائصها، على أن محل الالتزام البدلى هو المحل الاصلى، دون البديل. وللمدين وحده ان يختار. وهو فى ممارسته لهذا الاختيار يتقيد بعدم إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئى، كما يتقيد بأن يفى باحد المحلين كاملا فلا يستطيع ان يفى بشق من احدهما وشق من الآخر، واذا كان التنفيذ دورى زمنيا، أى على فترات زمنية، كان للمدين فى كل دوره أن يمارس خياره، فيتراوح الوفاء بين المحل الاصلى والمحل البديل فى كل دورةعلى حده، ما لم يتبين من طبيعة الالتزام او ملابسات الاتفاق ان عليه ان يلتزم بما اختاره فى دورة التنفيذ الأولى.

٢ - أن مجرد قيام المدين **بعرض الوفاء** باحد المحلين دون ان يُلحق بذلك التنفيذ الفعلى، لا يفقده حق الخيار، الذي يظل قائما له فى الوفاء بالمحل الاخر.

٣ - ان الوفـاء بالمحل البديل، هو نوع مـن الوفاء بمقـابل، وهو لذلك لا يغـيـر من ان مـحل الالتـزام هو المحل الاصلي، **فـالبديل ليس بديلا للمـحل الاصلي، ولكنه فقط بديل في الوفاء** فحسب. ويترتب على ذلك، كما سبقت الاشارة، ان طبيعة الالتزام، التى تتحدد وفـقا للمحل الاصلي، لا تتغير بالوفاء بالمحل البديل.

٤ - ان الورثة يحـلون مـحـل المورث فى ذات الالتـزام بذات وصـفـه ونتائجه.

٥ - اذا كان المحل الاصلى للالتزام غير قابل للتجزئة، وتوفى المدين قبل الوفاء، ثم اخـتار الورثة الوفاء بالبـديل، فان الالتزام يظل غـير قابل للتـجزئة وفقا لوصف المحل الاصلى، حتى ولو كان البـديل قابلا للتجزئة.. مثال ذلك ان يكون المحل الاصلى للالتزام هو تقديم رهن ضمانا لا يراد مرتب، والمحل البديل هو رد رأس المال.

أثر الهلاك على الالتزام البدلى :

٦٢- تتحدد آثار هلاك المحل، من ناحية، وفق مـفهوم الالتزام البدلى، فاذا هلك المحل الاصلى انقضي الالتزام، ولو ظل البديل قائمـا. غير ان استحقاق التـعـويض عن الهـلاك، يتـوقف على سـبب هذا الهـلاك. فـاذا هلك المحل الاصلى بخطأ من المديـن، فان للدائن ان يطـالبه بتـعـويض، ولكن ليس له ان يتمسك بالشئ البديل، لان هـذه مكنة للمدين وليست للدائن. وعلى العكس فى إمكان المدين ان يتفادي المسئوليـة عن الهلاك، الذى حدث بخطئه، بعرض الوفاء بالمحل البديل[١]، وليس للدائن أى حق فـي الاعتـراض. أمـا اذا هلك

---

(١) ويلاحظ أنه اذا هلك البـديل أيضـا بعد هـلاك المحل الاصلى، سواء بخطـأ المدين أو بغيـر خطئة، فان هذا المدين يلتزم بالتعويض عن قيمة المحل الاصلى، لانه محل الالتزام.

المحل البديل فان الالتزام ينقلب التزاما بسيطا.

أما اذا هلك المحل الاصلى بخطأ الدائن، فان للمدين ان يطالبه بقيمته اذا اوفى - أى المدين- بالمحل البديل. فاذا هلك البديل بخطأ الدائن، فان لهذا الاخير ان يطالب بالوفاء بالمحل الاصلى، ولكنه يسأل عن قيمة البديل لان الهلاك كان بخطئة.. ولكن من حق المدين ان يمتنع عن هذا الوفاء على اساس انه كان فى مكنته ان يفى بالبديل ولكنه هلك بخطأ الدائن. أى أن الدائن يعتبر وكأنه استوفى البديل حكما.

الفصـل الرابـع
تعدد أطراف الالتزام

٦٣- قد يتعدد أطراف الالتزام، سواء فى الجانب الدائن، بأن يكون هناك أكثـر من دائن، سواء فى الجـانب المدين بأن يكون المدينون اكثـر من شخص. وقد يحـدث التعدد على الجـانبين. وقد يتوافـر هذا المركز القـانونى منذ مولد الالتزام، أي يصـاحبه منذ لحظة نشـأته، كأن يلتزم عـدة شركاء علي الشـيوع، بسبب بيعـهم للمال الشائع، بنقل الملكية الى المشترى. وفى هـذه الحالة يتعدد المدينون فى مواجهة دائن واحد. وقـد يكون هذا البيع الى عدة اشخاص، وفي هذه الحاله يكون هناك تعدد مدينين وتعدد دائنين.

وفى حالات اخرى ينشأ الالتـزام بسيطا فى اطرافه، أى طرف واحد على كل جـانب من جـانبى الالتزام، ثم يـحدث فى شـأنه تعـدد أطراف في وقت لاحق لنشـأته. والمثل الواضح هو حـالة التـعدد بسـبب الوفـاة. فحين يتـوفى الدائن الواحد، أو المدين الواحـد، عن عدة ورثة ينتقل اليـهم الحق او الالتزام، فينشـأ تعدد بسـبب الوفاة فى أحد طـرفى الالتزام. وقد ينشـأ التعـدد فى كلا الطرفين، (اذا توفي الطرفان، كل منهما عن ورثه متعددين).

ومن ناحية ثانية، فان تعـدد احد طرفى الالتـزام أو كلاهمـا، يصاحـبه - بحسب الاصل العام- مسئولية كل مدين (في حـالة تعدد المدينين) عن جزء من الدين يعادل حصته فيه، أى انه لا يسأل عن كامل المديونية. وكذلك الحال فى حالة تعـدد الدائنين، فان كل دائن لا يملك أن يطالب الا بـالوفاء بنصيبـه، أي بحصـته، في الدين. وهذا التعـدد، على النحو البـسيط المعروض، لا يثير مشـاكل تختلف عن الالتزام العـادي. ذلك ان المتأمل فى هذا التعدد سيدرك

سريعا انه يتحلل الى ما يُكوّن عدة التزامات مستقلة ومتجاورة. ذلك أن كل دائن، فى علاقته بكل مدين، ليس له ان يطالب الا فى حدود حصته كدائن، وفي حدود نصيب المدين من الدين. خاصة وأن الاصل العام في الالتزام انه قابل للانقسام. بمعنى أنه يمكن القول بأن الالتزامات تعددت بتعدد اطرافها ولكنها فيما بينها مستقلة، أى «متعددون ولكن مستقلون». فالذى جمع هذا التعدد تحت مظلة واحدة هو نشأة الالتزام متعددا بحكم الاتفاق، او صيرورته كذلك بسبب الوفاة.

ولكن الذى يثير الكثير من المشاكل القانونية، ليس هو التعدد البسيط، على نحو ما سلف ذكره، ولكنه التعدد الموصوف بأحد وصفين هامين: الوصف الأول هو **التضامن**، والوصف الثانى هو **عدم القابلية للانقسام**.

فقد يتعدد الدائنون، والمدينون، فى دين غير قابل للانقسام بطبيعته، وقد يكون الدين غير قابل للانقسام بحكم الغرض الذى يرمى اليه المتعاقدون، أو بحسب ما انصرفت اليه نواياهم المشتركة (م٣٠٠ مدنى). وفى هذه الحالة تثور مشكلات تتعلق باستيفاء الدين من جانب الدائنين، او الوفاء به من جانب المدينين، وعلاقه افراد كل فريق ببعضهم ببعض.

ومن ناحية اخرى، فقد يتعدد اطراف الالتزام ويقوم بينهم تضامن. وهذا التضامن إما ان يكون تضامنا ايجابيا، أى تضامن بين الدائنين بما يتيح للمدين ان يفى بالدين لاى واحد منهم بكل الدين (الا اذا اعترض أحدهم) فتبرأ ذمته. كما يجيز لاى دائن متضامن ان يطالب المدين بالوفاء كاملا، مع مراعاة ما يلحق رابطه كل دائن من وصف يعدل من اثر الدين (م ٢٨٠ مدنى ومابعدها).

وعلي الجانب الاخر قد يقوم التضامن بين المدينين (التضامن السلبى)، وفى هذه الحالة يجوز للدائن مطالبه اى مدين منهم بالوفاء بكامل الدين، فاذا اوفى احدهم برأت ذمة الباقين. (م ٢٨٤ و ٢٨٥ مدنى).

ونعرض فى الاجزاء التالية للتضامن الايجابي، ثم التضامن السلبى، واخيرا لعدم قابلية الالتزام للتجزئة، كلٌ فى مبحث مستقل.

المبحث الأول
تضامن الدائنين (التضامن الايجابى)
المطلب الأول
تعريف تضامن الدائنين وخصائصه

تعريف تضامن الدائنين:

٦٤- يتحقق التضامن الايجابى، أى تضامن الدائنين، عندما يتعدد الدائنون ويكون من حق كل واحد منهم أن يطالب المدين بكامل الدين. كما ان قيام المدين بالوفاء بالدين لاحد الدائنين يبرئ ذمته قبل الاخرين. ولا يخلو هذا التضامن الايجابى من مخاطرة بالنسبة للدائنين، فقد يتم الوفاء لاحدهم، ثم يتصادف إعساره، فتضيع على الباقين كل حقوقهم أو بعضها. وربما كانت هذه الحقيقة، ضمن اسباب اخرى، سببا لتقرير قاعدة ان التضامن لا يفترض. وقد نصت على هذه القاعدة الاخيرة المادة ٢٧٩ من القانون المدنى بقولها «**التضامن لا يفترض... وانما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون**».

- ولكن التضامن الايجابي لا يتقرر الا باتفاق، او بارادة (كما فى حالة الوصية[١]). ولا توجد نصوص قانونية تفرض تضامنا ايجابيا.

ويجب ان يكون الاتفاق، أو الارادة، واضحا في اشتراط التضامن الايجابي، يستوى فى ذلك ان يكون بعبارة صريحة أو أن يستخلص ضمنا من ظروف الاتفاق وملابساته. وعند الشك يفسر الاتفاق على انه لا يقتضي التضامن. ولكن لا يشترط لقيام التضامن ان يتفق عليه بذات هذا اللفظ، بل

---

(١) كأن يوجه شخص لعدة أشخاص متضامنين كدائنين.

يكفى ان يستفاد من ايه عبارة واضحة الدلالة على هذا المعنى، كأن يتفق على ان من حق اى دائن ان يستوفى كامل الدين، أو أن من حق المدين ان يفى بالدين كاملا. لأى دائن من بين الدائنين المتعددين.

ولا تقتصر قاعدة عدم افتراض التضامن على المسائل المدنية، بل تقوم أيضا فى المسائل التجارية. ففى شركة التضامن حيث يكون الشركاء المتضامنون مسئولين عن كافة ديون الشركة فى أموالهم الخاصة، لا يقوم تضامن ايجابى فيما بينهم باعتبارهم دائنين. وبالتالى فكل شريك متضامن عندما يستوفى حقوق الشركة قبل الغير، بوصفه مديراً، أو أحد المدراء، فانه يفعل ذلك لا بوصفه دائنا متضامنا ولكن فقط باعتباره ممثلا لشركة التضامن.

التضامن الايجابى ووحده المحل:

تتسق فكرة التضامن مع وحده المحل، فهى تقوم على أن الدين واحد لا يتجزأ، ومن حق اى دائن ان يستوفيه كاملا من المدين، ومن حق المدين ان يفي به كذلك لاى من الدائنين المتعددين. غير أن وحده الدين، على هذا النحو، ليست مسألة حتمية ما دامت طبيعه الالتزام لا تمنع من تجزئته. ويترتب على ذلك ان محل الالتزام اذا كان قابلا للانقسام فانه قد ينقسم بين ورثه احد الدائنين المتضامنين اذا توفى قبل انقضاء الالتزام. وقد نصت على ذلك المادة ٢٨٠/ ٢ مدني .

ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثه أحد الدائنين المتضامنين الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام. ويترتب على ذلك ان المدين، بعد وفاة الدائن المتضامن، لا يستطيع ان يفى لاحد ورثته بكل الدين، بل يقتصر وفاؤه على حدود نصيب الوارث. كما ان هذا الاخير لا يستطيع ان

يطالب المدين الا في حدود هذه الحصة. وقد علقت المذكرة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى على ذلك موضحة بأن تظل وحده الدين مكفولة ما بقى الدائن المتضامن حيا، فاذا مات انقسم الدين بين ورثته ما لم يكن غير قابل للانقسام. فلو فرض مثلا ان ثلاثة من الدائنين تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه وتوفى احدهم عن وارثين متكافئ الفرص، فلا يجوز لايهما ان يطالب الا بمبلغ ١٥٠ جنيه[١].

أما اذا كان الدين غير قابل للانقسام، بطبيعته، أو بحسب الاتفاق، فان لكل وارث ان يطالب المدين بكل الدين. وقد يتضمن الاتفاق شرط عدم القابلية للانقسام فى حالة الوفاة، وهو شرط صحيح.

وحده الدين لا تتعارض مع تعدد الروابط:

٦٥- لا تحول وحدة الدين دون تعدد الروابط بين كل دائن من الدائنين المتضامنين والمدين. فرابطة كل دائن بالمدين هى رابطة مستقلة. ويظهر هذا التعدد فى اوضح صوره عندما تكون كل رابطة متميزة فى وصفها القانونى عن الروابط الاخرى. فقد تكون رابطة احد الدائنين بالمدين معلقة على شرط، او مضافة الى اجل متميز.. وقد اشارت الى هذا الحكم المادة ٢٨٠/ ١ مدنى «... **ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من اثر الدين**». ومن مؤدى ذلك ايضا ان من المتصور ان تكون علاقة المدين بأحد الدائنين باطله بطلان مطلقا، او قابله للبطلان او قابلة للفسخ، لاحد الاسباب القانونية الموجبة لاى وجه من هذه الاوجه. كما يتصور اخيرا ان تنقضى

---

(١) المذكرة الايضاحية، السابق، ص ٤٥٢.

الرابطه المشار اليهـا بالنسبة لعلاقة المدين باحد الدائنين المتـضامنين دون سواه، وذلك حين يكون سبب الانقضاء خاصا بهـذه العلاقة، كالمقاصه او الابراء أو التقادم او التجديد.

وفي جمـيع الحالات لا يحـتج باوجـه الدفع الخاصـة، التى توافـرت في جانب دائن معين، فى مواجهة دائـن اخر الا فى حدود حصه الاول. ويختلف اثر الدفوع الخـاصه المشار اليـها عن تلك المشـتركة التى تصـيب اصل الالتزام بالنسبة لـلجميع. ومن ذلك ان يكون التزام المدين باطلا بطلانا مطـلقا او قابلا للبطلان على نحـو يحتج به عـلى جمـيع الدائنين، او ان يكون سبب الفـسخ قائما بالـنسبة لهم جميـعا، أو ان يكون المدين قد قضي كـامل الدين بالوفاء.. مثل هذه الـدفوع المشتـركة يحـتج بها فى مـواجهة جـميع الدائنين عـلى قدم المساواة.

المطلب الثانى

آثار تضامن الدائنين

نعرض لآثار تضامن الدائنين من خلال بحث آثار هذا التضامن فيما بين الدائنين المتضامنين والمدين من ناحية، ثم اثر التضامن فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض.

اولا - *اثر التضامن الايجابى فى علاقة الدائنين بالمدين*:

تتمثل آثار التضامن الايجابى فى أحكام الوفاء بالالتزام واستيفائه وانقضائه، فضلا عن نيابة الدائنين فيما بينهم فيما ينفع لا فيما يضر.

وقد تضمنت هذه الاحكام المواد ٢٨٠ وما بعدها من القانون المدنى.

١- الوفاء بالدين واستيفائه :

٦٦ - اشرنا فيما سبق الى أن قيام التضامن بين الدائنين مفاده انه **يجوز لاى دائن منهم ان يطالب المدين بكل الدين**، كما يجوز لهذا الاخير ان يفى بكامل الدين لاى واحد من الدائنين (م ٢٩٠ مدنى)، وهو ما ييسر للمدين امر الوفاء، وييسر للدائنين امر الاستيفاء. وبالوفاء، من جانب المدين، أو الاستيفاء من جانب الدائن، تبرأ ذمة المدين قبل الجميع. غير ان هذا الحكم وان كان هو المبدأ العام الا انه ليس هناك ما يمنع المدين من ان يتفق وأحد الدائنين على ان يفى له قدر حصته فقط.. ولكن ليس للمدين ان يفرض على أحد الدائنين هذا الوفاء الجزئى.

ومن ناحية اخرى فان الوفاء، على نحو ما سلف، لا يخلو من مخاطرة بالنسبة لباقى الدائنين، اذ قد يعسر الدائن بعد قبض الدين، فلا يجد زملاؤه

لديه ما يفى لاستيفاء انصبتهم منه. لذلك اجاز المشرع لاى دائن ان يمانع فى قيام أحد الدائنين بقبض كامل الدين: «اذا كان التضامن بين الدائنين، جاز للمدين ان يفى الدين لاى منهم، **الا اذا مانع احدهم في ذلك**». وبالتالى فان لأى دائن أن يعترض على الوفاء لاحد الدائنين. ويكون الاعتراض متضمنا قدر نصيب الدائن المعترض. ويجوز ان يكون الاعتراض بانذار رسمى او بورقه عرفيه أو حتى شفاهة.. غاية الامر أن على من يدعى الاعتراض أن يثبت حصوله، وهو يلتزم في هذا الاثبات بالقواعد القانونية، خاصة قاعدة نصاب الاثبات الكتابى.

وبالنسبة لمطالبة الدائن استيفاء الدين يلاحظ ما سبق ان اشرنا اليه من ان هذه المطالبة تتقيد بما قد يلحق علاقة المدين بكل دائن من اوصاف تستقل بها، وكذلك ما قد يعتورها من عيوب قانونية. فقد يُوَاجَه الدائن بدفوع تتعلق بعلاقته هو بالمدين، كدفع بالمقاصة، أو بالبطلان النسبى... الخ، كما قد يُوَاجَه الدائن بدفوع مشتركة تصب فى رابطة الالتزام جميعها وتتصل بجميع الدائنين.

وتتعلق الدفوع الخاصة بحصة الدائن الذى تحقق الدفع فى مواجهته ، أما الدفوع المشتركة فتتعلق بكامل الالتزام.

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٠ مدنى على انه «لا يجوز للمدين اذا طالبه احد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج علي هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له ان يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا».

٢ - أنقضاء الالتزام بغير الوفاء :

٦٧- اذا تحقق سبب لانقضاء الالتزام بغير الوفاء به، وبرئت بالتالي ذمه المدين، فان ذلك لا يفيد سوى الدائن الذى تحقق بالنسبة له سبب الانقضاء، ويكون الانقضاء في حدود حصته فقط. وقد نصت على هذا المبدأ المادة ٢٨٢ مدنى حين قررت «(١) اذا برئت ذمة المدين قبل احد الدائنين المتضامنين **بسبب غير الوفاء** فلا تبرأ ذمته قبل باقي الدائنين الا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله».

وتتمثل اسباب **الانقضاء بغير طريق الوفاء** فى المقاصة، التجديد، اتحاد الذمه، الابراء، والتقادم.

وتفصيل ذلك انه قد يقوم سبب لانقضاء الالتزام (غير الوفاء) بين واحد من الدائنين المتضامنين والمدين. وقد سردنا هذه الاسباب، وهو ما يؤدى الى انقضاء حصه هذا الدائن بالنسبة لسائر الدائنين. ومن ذلك ان يجدد احد الدائنين المتضامنين الدين مع المدين، بتغيير محله أو مصدره او بتغيير احد اطرافه (الدائن او المدين)، وكذلك لو وقعت مقاصة بين التزام المدين وحق نشأ له قبل احد الدائنين، او اتحدت ذمته بذمه المدين، او ابرأ الدائن المدين من التزامه، أو تقادم الالتزام بالنسبة الى احد الدائنين المتضامنين دون غيره.. في جميع هذه الفروض ينقضى الالتزام فقط فى حدود حصة الدائن الذى توافر فى مواجهته سبب من اسباب انقضاء الالتزام المشار اليها.

٣ - النيابة فيما بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر:

٦٨- يعتبر كل دائن من المدينين المتضامنين نائبا عن الآخرين فى استيفاء الدين وهى نيابة - فى حدود هذا المعنى- تنفعهم جميعا فى تحصيل الدين. لذلك يجوز لاى منهم ان يتخذ من الاجراءات النافعة ما تصب نتائجه في مصلحة الجميع. أما ما يتخذ من اجراءات ضارة بالآخرين فانها تعود علي من اتخذها دون غيره من الدائنين.

ومن قبيل الاعمال النافعة - التى يستفيد منها الجميع - قيام احد الدائنين باتخاذ **اجراء قاطع للتقادم المسقط** للالتزام(١).

كذلك يستفيد الدائنون من **الاعذار** الذى يوجهه احدهم للمدين. **والصلح** الذى يتضمن إقرارا بالدين دون تنازل عن ميزة أو حق.. ايضا يستفيد الدائنون من كل اقرار بالدين يصدر في مواجهة احد الدائنين... واذا حصل احد الدائنين على حكم ضد المدين جاز للدائنين الاخرين التمسك به، ما لم يكن قد صدر استنادا الى سبب خاص بالدائن الذى اقام الدعوى.

أما بالنسبة **للاعمال الضارة**، فضررها مقصور على من قام بها، ولا يتعداه الى غيره من الدائنين.. ومن ذلك الصلح الذى يتضمن نزولا عن جزء من الحق او ملحقاته، والنكول عن يمين وجهها اليه المدين.. توجيه يمين الى المدين فحلفها فخسر الدائن ما كان يدعيه.. الاعذار الذي وجهه المدين الي احد الدائنين.. ما قد يرتكبه الدائن من خطأ يستوجب المسئولية قبل المدين..

---

(١) أما بالنسبة لاسباب وقف التقادم فهى مقصورة على من تتوافر له، اذ هى خاصة به دون غيره كوقف التقادم بسبب نقص اهلية الدائن الذى ليس له من ينوب عنه.

ثانيا- اثر التضامن في علاقة الدائنين فيما بينهم:

٦٩- يتضمن التعرض لهذا الاثر بيان كيفية تحديد حصة كل دائن متضامن وانقسام الدين فى علاقة الدائنين فيما بينهم، ثم اساس رجوع الدائنين فيما بينهم، ثم اساس هذا الرجوع.

تحديد حصة الدائن المتضامن، وانقسام الدين فيما بين الدائنين:

الاصل ان ينشأ التضامن الايجابي بموجب عمل ارادى سواء كان عقداً أو إرادة منفرده. ويحدد مصدر الالتزام حصة كل شريك فى الدين. ذلك ان الدين في حالة التضامن الايجابى لا يقبل التجزئة فى علاقة الدائنين بالمدين، **ولكنه يتجزأ فيما بين الدائنين، كل بحسب حصته**. فاذا ما استوفى احد الدائنين كامل الدين كان لكل واحد من الاخرين الرجوع عليه بقدر حصته المتفق عليها[١].

وقد تتحدد الحصص بموجب منطق الاتفاق الذى أنشأ التضامن، دون ذكر للحصص صراحة. ومن ذلك انه اذا باع شركاء على الشيوع عقاراً أو منقولا ونص في العقد على التضامن الايجابي، دون ذكر حصة كل واحد منهم، فان هذه الحصة تتحدد بقدر نصيبه فى المال الشائع. واذا تعذر تحديد الحصص بموجب الاتفاق، ولم ينص القانون على توزيع الحصص فيما بينهم «كانت القسمة بينهم بالتساوي» م ٢٨٣/ ٢ مدنى. وقد علقت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى على هذه القواعد بأن « يعتبر الدين وحده

---

(١) واذا كان احد الدائنين قد استوفى حصته فقط استنزلت هذه الحصة من قدر الدين وبرئت ذمة المدين بمقدارها.

واحدة لا تقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمدين.. ويتفرع عن ذلك ان كل ما يستوفى احد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعا، ويتحاصون فيه بنسب انصبائهم[١] ... فاذا لم يكن ثمة اتفاق او نص فى القانون بشأن القسمة انقسم الدين سوية بين الدائنين، فلو فرض ان احد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه، تعين اقتسام المبلغ بينهم بالتساوى، فيكون لكل من الدائنين الاخرين ان يرجع على الدائن الاول بمبلغ ١٠٠ جنيه.. ولو فرض ان هذا الدائن أعسر اعساراً جزئيا، لا يتاح معه الا اداء نصف ديونه، تحمل الدائنان الآخران تبعه هذا الاعسار، كل بنسبة نصف نصيبه، وكذلك يكون الحكم ، لو ان المدين نفسه هو الذى اعسر، ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين الا استيفاء نصف الدين اى مبلغ ١٥٠ جنيها فلا يكون لكل من الدائنين الاخرين، في هذه الحاله، ان يستوفى الا مبلغ ٥٠ جنيها، وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعه هذا الاعسار كل بنسبه النصف من نصيبه» [٢].

أما بالنسبة **لاساس الرجوع فيما بين الدائنين المتضامنين**، فانه يستند الى الدعوى الشخصيه التى تعتمد على ما يقوم بينهم من علاقات سابقه، سواء

---

(١) مع ملاحظة انه لا محل للقسمة فيما بين الدائنين اذا كان احدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده، وكان الباقون مجرد وكلاء سخروا في الواقع من الامر.. ففى هذه الحالة يستقل هذا الدائن بالدين باسره ان كان قد استوفاه، وله ان يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين (المذكرة الايضاحية، السابق، ص ٤٥٤).

(٢) المذكرة الايضاحية، السابق، ص ٤٥٥.

حُمِلَتْ على معنى «الوكـالة أو على معنى الفـضالة»[١]. ولا يتصـور فى هذا المقـام ان تطرح فكرة الحلول، لان هذه الدعـوى لا تكون الا لمدين يفى بالدين ويحل مـحل الدائن الذى استـوفى حقه، وهـو ما لا يتفـق مع حالة التـضامن الايجابى[٢].

(١) المذكرة الايضاحية، السابق، ص ٤٥٥.

(٢) السنهوري، السابق، رقم ١٤٨.

المبحث الثانى
تضامن المدينين (التضامن السلبى)
solidarite Passive
المطلب الاول
تعريف التضامن السلبي
ضوابط نشأته واثباته

اولا - تعريف تضامن المدينين :

٧٠- يقوم التضامن السلبى على فكرة جوهرية هى تعدد المدينين الذين يلتزمون بالدين، ولكن على سبيل التضامن، بمعنى ان الدائن يستطيع ان يطالب أياً منهم بكامل الدين، دون ان يكون لاى منهم الحق فى التجزئة اكتفاء بسداد حصته وحده.

ويعتبر تضامن المدينين اكثر اهمية وانتشاراً فى العمل من تضامن الدائنين، وهو نظام قديم عرف منذ عصر القانون الرومانى، تحت اسم «Correalite» وانتقل الى القانون الفرنسى القديم تحت اسم «Solidite» ثم اتخذ اسم «Solidarite» فى نهاية القرن الثامن عشر، حيث تبناه القانون الفرنسى تحت هذا الاسم، وانتقلت الفكرة منه الى القانون المدنى المصرى.. حيث يجوز للدائن وفقا لهذا التضامن ان يختار اى مدين من المدينين المتضامنين موجها اليه وحده المطالبه بالدين، ومطالبا اياه بكامل قيمه المديونيه، ويقف التزام كل مدين بكامل الدين على قدم المساواه مع التزام الاخرين به، ومن هنا كان للدائن ان يختار المدين الذى يشاء ان يبدأ بمطالبته.

ويتميز التضامن السلبي بان الدائن يتفادى به أولا انقسام الدين وتجزئته بين المدينين، ويتفادى به ثانيا مخاطر اعسار احدهم. وعلى هذا النحو يعد التضامن السلبي نوعا من التأمين الجيدّ للدائن.

ويتميز تضامن المدينين، على هذا النحو، عن الكفالة Cautionnement باعتبارها ايضا تأمينا يقدمه المدين لضمان حق الدائن، فالكفالة «عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه (م ٧٧٢ مدني).

ويتضح من هذا التعريف ان الكفالة تنشئ على عاتق الكفيل التزاما تابعا لالتزام المدين، بحيث تبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة ذمة المدين، ولا تكون صحيحه الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا، (راجع المواد ٧٧٢ وما بعدها من القانون المدني). ومما يضعف الكفالة نسبيا ان الدائن لا يستطيع - بسبب تبعيه التزامه لالتزام المدين- «أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين، كما لا يجوز له ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق» (م ٧٨٨ مدني). وهذا التمسك الاخير يسمى الدفع بالتجريد، أي وجوب تجريد المدين من أمواله أولا قبل الرجوع على الكفيل. ويضاف الى كل ذلك انه اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد[1]-وكانوا غير متضامنين - قُسِّم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن ان يطالب كل منهم الا بقدر حصته (م ٧٩٢ مدني) وهو ما يفقد الدائن ميزة وحدة الدين[2].

---

(١) فاذا كانت الكفالات بعقود متتالية فان كل كفيل يسأل عن الدين كله.

(٢) لذلك فكثيراً ما يشترط الدائن، في حالة تعدد الكفلاء، ان يكونوا ايضا متضامنين، وفي هذه الحالة يفقد الكفيل ميزة الدفع بالتجريد وميزة تقسيم الدين، وهو ما يحقق للدائن مزايا التضامن كاملة.

لذلك فـان وصف الالتزام بالتـضامن بين المـدينين المتعـددين هو الطريق الافضل والتأمين الاكثر فعاليه من الكفالة. ففى التضامن السلبى تظل للالتزام وحدته، كـما يستطيع الدائن ان يختـار اى مدين لمطالبتـه بالدين كله دون ان يواجه بأى دفع بتجريد زملائه.

ثانيا- التضامن لا يفترض، فهو لا يتقرر الا باتفاق أو نص قانونى :

٧١- اشرنا فيما سبق الى أن التـضامن لا يفترض، وهى قاعدة تطبق فى شأن التضامن الايجابى والتضامن السلبى على حد سواء. ذلك ان الاصل فى الالتزام اذا تعددت اطرافه ان يكون غير تضامنى، وأن يكون قابلا للتجزئة.. ما لم يقـضى اتفاق، أو نـص فى القانون، بغـيـر ذلك. والتضـامن السلبى ينشـأ بنصـوص اتفاقـيـه أو بنصوص قـانونيـة. والوجه الاكـثر شـيـوعا هو الوجـه الاتفاقى، بمـعنى ان يرد بالتضـامن شرط فى تصرف إرادى، عـقداً أو وصـية. وقد يرد شرط التضامن فى العقد منذ نشأته، وقد يضاف باتفاق لاحق.

والاتفاق على تضامن المدينين قد يكون صـريحا تنطق به عبارات الشرط وصياغته، كـأن يتضمن الشرط صراحة التزام المدينين على سـبيل التضامن، او أن ينص على حق الدائن فى مطالبة أى مـدين بكامل الدين على ان يعود على الآخرين كـل بقدر حصـته. أمـا مجـرد تعدد المدينين بدين واحـد فى صفـقه واحده، فـلا يعنى بذاته انهم متـضامنون، حـتى ولو لم تعين حصـة كل واحد منهم فى الدين، اذ الاصل فى هذه الحالة هو انقسام الدين بينهم بالتساوى.

وقد قضت مـحكمة النقض في المعنى السـابق أن التضـامن لا يفتـرض، ويجب الا يكون مـحل شك فى العبـارة التى تـضمنه، فـاذا لم يكن واضحـا

بجـلاء فسـرت العبـارة لمصلحة المـدينين لان الاصل هو عدم تضـامنهم[١]».
وقضت بأن «لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى ان يُرَدَّ الى نص فى القـانون او الى اتفاق صـريح او ضـمنى، وعلى قاضى الموضـوع ان يستـخلصه من عـبارات العقـد وظروفه وان يبين كـيف افادته هذه العـبارات والظروف»[٢].

ومـفاد ذلك أن التـضـامن كمـا يرد فى شـرط صـريح قد يرد فى شـرط ضمني، ومثال ذلك ان يتعهد شخصان بدين واحد لدائن واحد وان يكون كل تعهد فى عقد مستقل، فـان ذلك يفيد ضمنا ان المدينين متضامنان، وكذلك فى كل حالة يتعهد فيها اكثر من شخص، بذات الدين، بالتزام مستقل[٣].

ويترتـب على ما سـبق أن شرط التضـامن قد يكـون صريحا وقـد يكون ضمنيـا، ولكن لا يجوز ان يكون مـفتـرضا على اى حـال من الاحوال. ومن قبـيل الحالات التى لا يصح فيـها افتراض التـضامن، لعدم الاتفـاق عليه ولو بصفة ضمنيـة، ان يتفق شخصان على اقتراض مبلغ من النقـود بعقد واحد ثم يقوم كل منهما برهن عقار من املاكه لسداد هذا القرض، دون بيان حصه كل منهما أو بيان كيفية السداد، في هذه الحالة لا يوجد تضامن ضمنى، ولا يجوز بالتالى افتراضـه، كذلك لا يجوز افتراض التضامن بين شخـصين ابرما صفقه واحدة في التزامهما بسداد عموله السمسار.

---

(١) نقض ٩/١/١٩٦٨ مجموعة احكام النقض س ١٩- -٢.
(٢) نقض ٢٦/١٢/١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩- ١٥٦٥.
(٣) محكمة النـقض، ٢١ فبراير ١٩٣٣ المحامـاة س ١٣ ص ١٣١٣، ويلاحظ بالتالى انه ليس من الضرورى أن تذكـر كلمة تضامن بصريـح اللفظ، فقد يستـفاد التضامن من شـرط عدم تجـزئة الوفاء أو من شـرط يحـرم اى مدين من حق طلب الرجـوع على غـيره بأى قـدر من المديونية.

وبناء على ما سبق فان حكم المحكمة الذى يستخلص التضامن، بناء على اتفاق ضمنى، يجب عليه ان يوضح فى اسباب حكمه الظروف والملابسات التى بنى عليه هذا الاستخلاص على نحو يكون سائغا وسديدا[١].

وعلى من يدعى قيام التضامن يقع عبء اثباته. وعند الشك يفسر الامر علي محمل انتفاء التضامن[٢].

ويخضع اثبات التضامن للقواعد العامة فى قانون الاثبات، خاصة قاعدة نصاب الاثبات بالكتابة، فاذا كانت قيمة الالتزام، المدعى بانه تضامنى، قد تجاوزت خمسمائة جنيه، وجب اقامة الدليل عليه بالكتابه.. وان كانت اقل

---

(١) وهو ما يخضع لرقابة محكمة النقض: نقض مدنى فرنسى ٤ ديسمبر هام ١٩٧٤- بلتان المدنى- رقم ٣٢٢، ولا يعتبر تضامنا مجرد أن يذكر فى العقد ان شخصا يضمن الاخر، نقض مدنى فرنسى ٨ نوفمبر عام ١٩٧٨ بلتان المدنى رقم ٣٤١ و ١٩ فبراير عام ١٩٩١ بلتان المدنى رقم ٧١؛ كما لا يفترض التضامن لمجرد عدم قابليه الالتزام للتجزئة، ولا من قيام وكالة متبادلة بين المدينين ولو كانت لكل منهم مصلحة فيها: نقض مدنى فرنسى ٢٠ يناير عام ١٩٩٣ بلتان المدنى -٣- رقم ١٦٥.

(٢) يلاحظ فى فرنسا أن المادة ١٢٠٢ مدنى تنص على عدم افتراض التضامن ولكن العرف التجارى قد جرى على افتراض التضامن فى المسائل التجارية، على اساس ان التضامن يقدم للدائن ضمانا كبيراً فى استيفاء حقوقه بما يتفق مع الثقة والسرعة الواجبتين في المعاملات التجارية، وبالتالى فعندما يتعدد المدينون نتيجة عملية تجارية فان الالتزام يكون على سبيل التضامن بينهم (ما لم يستبعد بشرط اتفاقى (نقض مدنى فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٩٢٩ ، دالوز ١٩٢٩ ص ٥٥٦، ونقض تجارى ٧ يناير سنة ١٩٨٠ جازيت دى باليه ١٩٨٠ -١- ٢٥٢ و ٢١ ابريل سنة ١٩٨٠ بلتان المدنى -٤- ١٢٣. وكل ذلك يختلف عن الوضع فى القانون المصرى حيث لا يفترض التضامن لا فى المسائل المدنية ولا فى المسائل التجارية، حيث لابد من اتفاق على التضامن او نص قانونى يفرضه. ومن النصوص القانونية العامة نص المادة ١٦٩ مدنى التى تفرض تضامنا فى حالة تعدد المسئولين عن الفعل الضار سواء فى النطاق المدنى، او في النطاق التجارى (المسئولية التقصيرية لاعضاء مجلس الادارة).

جاز اثباته بالبينة والقرائن.

- **أما التضـامن بحكم القانون**، فـهو الذى ينشـأ بناء على نص فى احـد القوانين السارية فى الدولة، ويتضمن القانون المصرى حالات عديدة للتضامن بنصـوص قـانونيـة متناثرة في فـروع القـانون المختلفـة، ويمكن ردها الى مجموعات متنوعة :

١ - التضامن استنادا الى النية المفترضة للمتعاقدين :

٧٢- في بعض الحالات **يقدر المشرع ان المتعاقدين كانا سيقررا التضامن لو عرضا الامر على بساط المناقشة بينهمـا، أو أن طبيعة الالتزام تفـترض مثل هذا التضامن فيقرره بنصوص تشريعية. ومن تطبيقات ذلك.**

أ - **في عقد الوكالة** : تنص المادة ٧٠٧/ ١ مـدنى على أنه «اذا تـعـدد الوكلاء كانوا مـسئولين بالتضامن مـتى كانت الوكالة غير قـابلة للانقسام، أو كان الضـرر الذى اصاب الموكـل نتيجـة خطأ مشـترك، على ان الـوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزاً حدود الوكالة أو متعسفا فى تنفـيذها». ويفـرض هذا النص تضامنا بين الوكـلاء المتعـددين، ولكن اذا توافرت بعض الشـروط هى: ان تكون الوكالة غير قابلة لـلانقسام، وذلك بأن يكونوا قد ادوا عملا واحد، أو عدة أعمـال، غير القابلة للانقسام فى الحالتين. كذلك يقـوم التضامن اذا اصـاب الموكل ضرر من جراء عـمل مشتـرك قام به الوكلاء. **ومن ناحيـة ثانية** يشـترط **الا يكون العـمل الذي نشـأت عنه مديونيـه الوكلاء قد ترتب على تجاوز من احدهم لحدود وكالته**، او عن تعسف منه فى تنفيذها، ففي حالة التجاوز والتعسف، تبقـى المسئولية على عاتق ذلك الوكيل منفرداً. وحـاصل ذلك ان تضامن الـوكلاء لا يقوم بالا بالـنسبة للعـمل الذى

يقومون بـه مشتركين معـا، والعمل غير القـابل للانقسام، بشرط عـدم تعسف احدهم او تجاوزه حدود الوكالة.. والا كان هذا الاخير مسئولا منفرداً.

يضاف الى مـا سبق **ثانيا** مـا نصت عليـه المادة ٧٠٨/ ١ مـدنى من انه اذا اناب الوكيل عـنه غيره فى تنفـيذ الوكـالة دون ان يكون مرخـصا له فى ذلك، كـان مسـئولا عن عـمل النائب، كـما لو كـان هذا العـمل قد صـدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه، فـى هذه الحالة، متضامنين في المسـئولية[1]» والمسئولية هنا تضامنيـة بصريح النص ورغم اختـلاف مصدر كل من مـسئوليـة الوكيل ونائبه، فمـسئولية الاول مـصدرها عقد الوكالة، ومـصدر مسئولـية الثانى هو الفعل الضار.

ومن ناحيـة ثالثة تنص المادة ٧١٢ مـدنى على انه «اذا وكل اشـخـاص متعددون وكيلا واحـد عنهم فى عمل مشترك، **كان جميع الموكلين متضامنين قبل الوكيل قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة** ما لم يتفق على غير ذلك».

ب - مـا نصت عليـه المادة ٦٥١ مـدنى فى صـدد **عقد المقاولة** من أنـه «(١)يضـمن المهندس المعـمارى والمقـاول **متضامنين** مـا يحدث خـلال عشـر سنوات من تهدم كلى أو جـزئى فيمـا شيدوه من مـبان او اقامـوه من منشآت ثابته اخـرى وذلك ولو كان التهدم نـاشئا عن عيب فى الارض ذاتهـا، او كان رب العمل قد اجاز إقامة المنشآت المعيـبة، ما لم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة

---

(١) «(٢) اما اذا رخص للوكيل فى اقامة نائب عنه دون ان يعين شخص النائب، فان الوكيل لا يكون مسـئولا الا عن خطئه فى اختيـار نائبه، او عن خطئه فيمـا اصدره له من تعليـمات» «٣)ويجوز في الحالتين السـابقتين للموكل ولنائب الوكيل ان يرجع كل منهمـا مباشرة على الأخر».

قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات». «(٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانه البناء وسلامته»[1]. وواضح ان هذا النص يقرر ما **يسمى المسئولية العشرية للمقاول والمهندس المعمارى متضامنين خلال مدة العشر سنوات** المشار اليها فى النص.

٢- التضامن في نطاق الاثراء بلا سبب:

٧٣- نصت المادة ١٩٢/ ٣ مدنى على انه «**اذا تعدد الفضوليين فى القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسئولية**»: وهو نص صريح فى تضامن الفضوليين فى حالة تعددهم فى القيام بعمل واحد، فالفضالة تنشئ التزامات متبادلة على عاتق الفضولى وصاحب العمل، منها المضى فى العمل الذى بدأه.. (م ١٩٠) وما بعدها) فضلا عن ان الفضولى يخضع لقواعد الوكالة اذا اقر رب العمل ما قام به (م ١٩ مدنى).

٣- التضامن في حالة الكفالة القضائية أو القانونية:

٧٤- نصت المادة ٧٩٦ مدنى على انه : «فى الكفالة القضائية او القانونية يكون **الكفلاء دائما متضامنين**». ذلك أنه اذا تعدد الكفلاء، وكانت ***الكفالة اتفاقيه***، فلا تضامن بينهم بغير اتفاق على ذلك. غير ان المشرع قد خرج عن هذا الاصل العام واعتبر الكفلاء **متضامنين فى حالتي *الكفالة القضائية والكفالة القانونية***.

والكفالة القضائية هى التى يأمر بها القاضي، ومن ذلك ما نصت عليه

---

(١) وتبدأ مدة السنوات العشر من وقف تسلم العمل، ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع علي المقاولين من الباطن». م ١٥١/ ٣ مدنى.

المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات من انه يجوز الامر بالنفاذ المعجل بكفالة او بغير كفالة فى الاحوال الاتية : (١) الاحكام الصادرة باداء النفقات والاجور والمرتبات، (٢) .... الخ. ففى هذه الحالات اذا كان الكفلاء متعددين قام التضامن بينهم.

ومن تطبيقات **الكفالة القانونية** ما نصت عليه المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات من أن «النفاذ المعجل واجب بقوة القانون فى الاحكام الصادرة فى المواد التجارية، ذلك بشرط تقديم كفالة» ففي هذه الحالة يكون الكفلاء المتعددون متضامنين[١].

٤ - التضامن في الالتزام الناشئ عن المسئولية التقصيرية :

٧٥- يعود التضامن احيانا الى الاشتراك فى الخطأ الذى يستوجب المسئولية.. ومن التطبيقات الواضحة فى **القانون الفرنسى نص المادة ٥٥ من قانون العقوبات**، حيث تتعرض لحالة الحكم على عدة متهمين عن ذات الجريمة فى ذات الوقت، وتقضى بتضامنهم فى سداد المبالغ المالية المحكوم بها كغرامة او مصروفات او تعويض للمدعى بالحق المدنى[٢].

اما بالنسبة للخطأ المدنى التقصيرى، والمسئولية الناشئة عنه، فان القانون الفرنسى لم يتضمن نصا يقرر تضامنا بين المسئولين عن الفعل الضار

---

(١) راجع ايضا ما نصت عليه المادة ١٨٤/ ٢ مرافعات من تقرير تضامن بالتبعية للتضامن في الالتزام الاصلى: «.... واذا تعدد المحكوم عليهم جاز الحكم بقسمة المصاريف - اى مصاريف الدعوى - بينهم بالتساوى، أو بنسبه مصلحة كل منهم في الدعوى على حسب ما تقدره المحكمة، **ولا يلزمون بالتضامن فى المصاريف الا اذا كانوا متضامنين في اصل التزامهم المقضى به**».

(٢) راجع : حكم قديم لمحكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ دالوز الاقتصادى سنة ١٩٤١، ص ٤٠.

عند تعددهم ، ومع ذلك فقد اتجه القضاء الفرنسى منذ وقت مبكر[١] الى قياس التضامن فى المسئولية عن الفعل الضار على حالة التضامن بين المسئولين عن ارتكاب الجريمة وفقا للمادة ٥٥ من قانون العقوبات الفرنسى سالفة الذكر، وقرر هذا القضاء، بالتالى، التضامن بين المسئولين عن الفعل الضار، واجاز للمضرور ان يقيم دعوى ضد المسئولين لتقرير مسئوليتهم المدنية التقصيرية عن الفعل الضار على سبيل التضامن.

أما فى **نطاق *المسئولية العقدية***، حيث يرتبط الطرفان باتفاق ينظم علاقتهما، فان المبدأ يظل قائما وهو ان **التضامن لا يفترض** ولابد لتقريره من اتفاق او نص قانونى.

أما فى القانون المصرى، فقد نصت المادة ١٦٩ مدنى على حكم صريح يقضى بأنه «**اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر**، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي، الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم فى التعويض». وتعتبر هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام، وبالتالى فلا يجوز استبعادها مقدما. (وهو حكم يختلف عن التضامن المقرر بنصوص قانونية تتعلق بالمسئولية العقدية، حيث يجوز فى هذه الحالة الاتفاق على استبعاد التضامن مقدما لعدم تعلقه بالنظام العام).

---

(١) نقض عرائض فرنسى ١٥ يناير ١٨٧٨ دالوز ١٨٧٨ -١- ١٥٢، ونقض جنائى فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٩٠ دالوز ١٨٩٠ -١- ٤٩٦. ثم صدرت احكام اخرى استبعدت القياس على المادة ٥٥ عقوبات فرنسى واسست تطبيق التضامن على حالة المسئولية الناتجة عن الخطأ التقصيرى على ان كلا من المدينين يلتزم بالوفاء بكل التعويض عند مطالبته بذلك لان كل منهم ارتكب خطأ ساهم فى تحقيق الضرر كاملا: مثلا: نقض مدنى ٤ ديسمبر ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠ ص ٤.

وتقرير التضامن في الالتزام الناشئ عن المسئولية التقصيرية يفترض، **من ناحية**، عدة اشخاص اشتركوا فى ارتكاب الخطأ، أي ان يكون لكل منهم مساهمته فى هذا الخصوص. **ومن ناحية ثانية** يجب ان يكون الضرر الذي أحدثه المسئولون واحدا، بمعنى ان تتحقق فيما بينهم وحدة المساهمة فى إحداث الضرر الواحد، ولا يغير من ذلك ان تتعدد الاخطاء او ان تتفاوت فى جسامتها او فى طبيعتها (مدنيا كان الخطأ[١] أو جنائياً، عملا ايجابيا او امتناعا... الخ).

ولكن **يلاحظ ان هذا التضامن لا يقوم عن سداد الغرامة في حالة الخطأ الجنائى بين المتهمين المتعددين المسئولين عن ارتكاب جريمة واحدة. فقد نصت المادة ٤٤ من قانون العقوبات المصرى** على انه «اذا حكم على جملة متهمين بحكم بجريمة واحده، فاعلين كانوا أو شركاء، فالغرامات يحكم بها على كل منهم على انفراد- (وذلك بعكس المادة ٥٥ من قانون العقوبات الفرنسى)- خلافا للغرامات النسبية فانهم يكونون متضامنين فى الالتزام بها، ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك»[٢].

٧٦- ومعنى ذلك ان الاصل في الحكم بالغرامة هو التقيد بمبدأ شخصية العقوبة، بحيث لا تتحمل وازرة وزر اخرى. ولكن هذا المبدأ يرد عليه استثناء فى حالة الغرامة النسبية، وهى الغرامة التى يكون قدرها محدداً بالتناسب مع ما وقع من المتهم من افعال. ففي هذه الغرامة النسبية يكون التزام المتهمين عند تعددهم تضامنيا، وهو تضامن مقرر لمصلحة مالية للخزانة العامة، حتى يسهل

(١) يستوى فى الخطأ الموجب للمسئولية ان يكون خطأ واجب الاثبات او خطأ مفترضا، أو مسئولية بغير خطأ كما فى حراسة الأشياء.

(٢) يراجع ايضا نص المادة ١٨٤ من قانون المرافعات التى تقرر تضامنا فى سداد مصروفات الدعوى اذا كان الملتزمون بها متضامنين فى اصل التزامهم المحكوم به.

على الدولة تحصيل الغرامة من أى متهم.. ومع ذلك فقد اجاز نص المادة ٢٤ من قانون العقوبات المصرى - فى حالة الغرامة النسبية - ان يقسم الالتزام بادائها بين المتهمين المحكوم عليهم بها. ومن أمثله الغرامات النسبية ما تقضى به المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات المصرى فى حالة استعمال المسكوكات المزورة او المغشوشة، على اساس انها سليمة، مع العلم بعيوبها: «ومع ذلك من استعمل تلك المسكوكات بعد ان تحققت له عيوبها يجازى بدفع غرامة لا تتجاوز ستة امثال المسكوكات المتعامل بها»، وهى عقوبة اصليه بغرامة نسبية.

وأخيرا فقد تنص بعض القوانين الخاصة على عقوبة الغرامة على سبيل التضامن، ومن ذلك نص قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ فى المادة ٢٥٦ على معاقبة كل من يخالف حكما من احكام الباب الخامس بشأن السلامة والصحة المهنية وتأمين بيئة العمل والقرارات الصادرة تنفيذا لها بالعقوبات الآتية : ... ... «ويكون صاحب العمل او من يمثله عن المنشأة مسئولا بالتضامن مع المحكوم عليه فى الوفاء بالعقوبات المالية اذا كانت الجريمة قد وقعت نتيجة إخلاله بأى من الواجبات التى يفرضها عليه هذا القانون».

٥ - التضامن فى نصوص القانون التجارى والقانون البحرى:

٧٧- تضمن القانون التجارى عدة نصوص تقرر تضامنا بين المدينين، ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٢ من القانون التجارى الملغى (استبقاها قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٨) من أن الشركاء **فى شركة التضامن** متضامنون لجميع تعهداتها، ولو لم يحصل وضع الامضاء عليها الا من احدهم، انما يشترط ان يكون هذا الامضاء بعنوان الشركة. وفى شأن شركات التوصية البسيطة الاصل الا يسأل الشريك الموصى الا فى حدود حصته ومنفرداً، ومع ذلك يسأل **الشريك الموصى** «متضامنا مع الشركاء المتضامنين عن ديون الشركة اذا اذن بدخول إسمه فى عنوان الشركة (م ٢٩ من القانون التجارى الملغى

وقد استبقاها قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩) وكذلك يسأل **الشريك الموصي** متضامنا عن ديون الشركة اذا قام بعمل يتعلق بادارة الشركة، وذلك فيما ينتج عن العمل الذى اجراه. ويجوز ان يلزم هذا الشريك على وجه التضامن بجميع التزامات الشركة أو بعضها على حسب عدد وجسامة أعماله وعلى حسب إئتمان الغير له بسبب تلك الاعمال (م ٣٠ من القانون التجارى الملغى وقد استبقاها قانون التجارة) ايضا ما نصت عليه المادة ١٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١باصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة فى تقرير التضامن بين المؤسسين في شركات المساهمة عن تعويض المكتتبين عند الاقتضاء اذا مضت مدة سنه على تاريخ الاكتتاب دون البدء فى اتخاذ اجراءات تأسيس الشركة، كذلك المواد ٣٩٠ و ٣٩٥ و ٤١٨ ، و ٤٤٢ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى التضامن بين ساحب الكمبيالة والمظهر والضامن الاحتياطى وكافة الملتزمين بها.

وفى شأن الافلاس تقضي المادة ٥٧٤ من قانون التجارة بأن امناء التفليسة عند تعددهم متضامنون فيما يتعلق باجراءات ادارتهم. وهو نص يواجه حالة تعدد امناء التفليسه (أى اكثر من أمين واحد).

واخيراً تنص المادة ٢٢ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على مسئولية تضامنية عن الديون الناشئة عن الشيوع فى استغلال السفينة فى حالة ما إذا تعدد المديرون والمالكون على الشيوع وحالة المالكين غير المديرين ما لم يتفق على غير ذلك. كذلك تنص المادة ٢٩٧/ ٢ من ذات قانون التجارة البحرية على التضامن فى المسئولية الناشئة عن تصادم عدة سفن (عن خطأ مشترك) اذا ترتب على التصادم وفاة شخص أو اصابته بجروح.

واخيرا يلاحظ ان الاصل فى التضامن السلبي، اى تضامن المدينين، انه مقرر لمصلحة الدائن ولتقوية ضمان استيفائه لحقوقه. ومع ذلك فمن المتصور ان يكون هذا التضامن مقرراً لمصلحة المدين، وذلك حين يكون الهدف منه تقويه ائتمان المدين، وحتى يطمئن من يتعامل معه الي وجود ذمة اخرى يمكن ان توجه اليها المطالبة. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٤١٩ من القانون المدنى الفرنسى من مسئولية الزوج عن الديون التى تتعاقد عليها زوجته بموافقه منه، اذ يجيز النص المذكور للدائنين، من حيث المبدأ، أن يستوفوا حقوقهم سواء من الاموال المشتركة، أو من اموال الزوج أو من اموال الزوجة.

المطلب الثانى
آثار تضامن المدينين

٧٨- تتحدد آثار تضامن المدينين فى نطاقين اساسيين : **النطاق الاول** يتعلق بعلاقة المدينين المتضامنين بالدائن، وهو يقوم على مبدأين هما مبدأ وحدة الدين ومبدأ تعدد الروابط، وما يترتب على كل منهما من آثار. ويطلق على هذه الآثار الآثار الاصلية. أما **النطاق الثانى** فيتصل بعلاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم، حيث تقوم بينهم نيابة تبادليه فيما ينفع لا فيما يضر ويطلق عليها الآثار الثانوية، ونعرض لهذين النطاقين فيما يلى :

البند الاول
علاقة المدينين المتضامنين بالدائن
وحدة المحل - تعدد الروابط (الاثار الاصلية للتضامن)

أولا - وحدة المحل :

٧٩- ومن مقتضاها، كما هى الحال في التضامن الايجابى، ان الدين واحد لا يتجزأ بين المدينين، فاذا اوفى احد المدينين بالدين برؤت ذمة الاخرين، كما يجوز للدائن بالتالى ان يطلب تنفيذ كامل الالتزام من اى مدين. وقد نصت علي هاتين القاعدتين المادتين ٢٨٤ و ٢٨٥ مدنى، حيث جرت الاولى على انه «اذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء احدهم بالدين مبرئ لذمته الباقين، ونصت الثانية (م ٢٨٥ مدنى) على انه «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين او منفردين..»

ومع ذلك فان وحدة الدين تثير تساؤلا حول **اثر وفاة احد المدينين المتضامنين على هذه الوحدة**.. وتضمن القانون المصرى نصا فى شأن التضامن

الايجابى، هو المادة ٢٨٠/ ٢ مدنى، والتى جرت على انه «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثه احد الدائنين المتضامنين الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام». وقد سبق ان عرضا لذلك. اما فى التضامن السلبى فان وفاة احد المدينين المتضامنين تؤدى فى القانون الفرنسى الى انقسام الدين، بين ورثه المدين المتوفى، مع بقاء وحدة الدين بالنسبة لباقى المدينين، وقد كان المشرع المصرى فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى يطرح نصا بهذا المعنى، ثم حُذف في لجنة المراجعة على اساس ان انقسام الدين بسبب الوفاة وان كان يصح فى القانون الفرنسى، حيث ينتقل الدين الي ورثة المدين، وينقسم عليهم كل بقدر حصته فى الميراث، فانه لا يصح فى مصر حيث تقضى مبادئ الشريعة الاسلامية بأن الدين لا ينتقل الي ورثة المدين، بل تبقى التركة مسئولة عنه جميعه، اذ لا تركه الا بعد سداد الدين. من أجل ذلك حذفت لجنه المراجعة الفقرة الثانية المشار اليها فى التضامن السلبى لانها لا تتفق مع احكام الشريعة الاسلامية فى الميراث[1]».

٨٠- ويترتب على **وحده الدين**، المشار اليها، عدة نتائج قانونية :

١ - ان المدين الذى قد توجه اليه المطالبه بكل الدين، من جانب الدائن يستطيع ان يدفع هذه المطالبة بكافة الدفوع المشتركة المرتبطة بوحدة الدين.

وقد نصت على ذلك المادة ٢٨٥/ ٢ مدنى: «ولكن يجوز له ان يحتج باوجه الدفع الخاصة به، **وبالاوجه المشتركة بين المدينين جميعا**». والأوجه المشتركة، بالتالى، هى فى مكنة كل مدين عندما يُطالب بالدين، او عندما ترفع عليه دعوى فى هذا الخصوص.

---

(١) السنهورى، السابق، رقم ١٨٧.

ومن هذه الدفوع المشتركة ما قد يتعلق بشكل العقد، كأن يكون العقد الذى تضمن نصا على التضامن عقدا شكليا، ولم يراعِ الاطراف فى ابرامه الشكل القانونى، فلا ينعقد من اساسه. فهذا الدفع هو دفع مشترك لكل المدينين.

ويدخل فى الدفوع المشتركة ما يتصل ببطلان سند المديونية بطلانا مطلقا، لعدم مشروعية المحل، او عدم تعيينه، أو عدم وجوده، وكذلك عدم وجود سبب الالتزام، أو عدم مشروعية هذا السبب. أو هلاك محل الالتزام بسبب قهرى.

ومن الدفوع المشتركة ما قد يتعلق بوصف فى الالتزام كله، كأن يكون الالتزام كله مضافاً الى اجل، ولم يحل هذا الاجل بعد.

ويطلق على الدفوع المشتركة السابقة وصف *الدفوع العينية*، بمعنى انها ليست شخصية تتصل بمدين واحد بعينه، وهى على هذا المعنى تزيل الالتزام برمته فى مواجهة جميع المدينين المتضامنين.

٨١- ٢ - ***انقضاء الدين بالوفاء*** : ويعد من الدفوع المشتركة أيضا قيام احد المدينين **بالوفاء بكامل *الدين*** إذ يؤدى هذا الوفاء الى براءة ذمة باقى المدينين في مواجهة الدائن. وفي هذا المعنى تنص المادة ٢٨٤ مدنى على انه «اذا كان التضامن بين المدينين فان وفاء احدهم بالدين مبرئ لذمة الباقين». وفى هذا المقام لا يجوز للمدين ان يفرض على الدائن استيفاء حصة هذا المدين فقط من الدين، بل ولا يستطيع الدائن ان يمتنع عن قبول الوفاء الكامل من احد المدينين.

وللدائن ان ينتقى من بين المدينين من يختاره ليوجه اليه المطالبة بالوفاء

بالدين، دون قيد أو شـرط فى هذا الاختيار، وهو فى ممارسته لهـذا الاختيار لا يتقيد بضرورة التنفيذ على ما قد يكون مرهونا من اشياء ضماناً للوفاء بالدين، اذ ان للدائن ان يبـدأ بالمطالبة الشـخصيـة بالدين مُعرِضـا - ولو مؤقـتا - عن التنفيـذ على الشئ المرهون. والامر مـوكول لارادته وفـقا لما يراه أيسـر طريقا وأقل تكلفه فى استيفائه للمديونية.

ومع ذلك فانه اذا كـان للدائن حق اختيار المدين الذى تُوجَّه اليـه المطالبة، فـان من حق هذا المـدين ان يُدْخِل باقى المدينن المتـضـامـين، او بعـضـهـم فى الدعـوى المرفوعـة عليه. وعـادة ما يطلب المدين فى هذا الادخـال ان تحكم له المحكمة فى ذات الوقـت بحـقه فى الرجوع على باقى المدينين بالزامـهم بسداد ما يفى به كُلٌ فى حدود حصته. **ومن ناحية اخرى** يجوز للمدينين ان يتدخلوا في الدعوى المرفوعه ضد احدهم، تحقـيقا لمصلحتهم في الدفاع إن كان لذلك مقتضى.

واخيراً فان حـرية الدائن فى اختيار المدين الذى يـطلب منه الوفاء بكامل الدين لا تخضع لضـوابط فى هذا الاختيار، بمعنى ان له ان يبـدأ بمدين واحد، أو أن يختـصم الجمـيع في وقت واحد (م ٢٨٥ مدنى)، وله ان يـبدأ بمدين ثم يعـدل الى مطالبـه مدين اخـر، او ان يطالب كل منهم علـى التوالى ، فـاذا لم تكفى امـوال الاول للوفاء بكامل الديـن، عند التنفيـذ على امواله، كـان له ان يطالب آخر بما تبقى من الدين.

٣ - انقضاء الدين بغير الوفاء :

٨٢- تعرضت المواد ٢٨٦ من القانون المدنى لحالات انقضاء الدين بغير الوفاء، أى بالتجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، الابراء، والتقادم، يضاف اليها انقضاء الدين للوفاء بمقابل ولاستحالة التنفيذ لسبب أجنبي.

ومن هذه الاسباب ما يؤدى الى انقضاء الدين كله، ومنها ما يؤدى إلى انقضاء الدين فى حدود حصة المدين الذى تحقق سبب الانقضاء فى جانبه.

الاسباب التى تؤدى الى انقضاء الدين كله :

١ - **التجديد** : وقد نصت على حكمه المادة ٢٨٦ مدنى: «يترتب على تجديد الدين بين الدائن واحد المدينين المتضامنين ان تبرأ ذمة باقى المدينين. الا اذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم». والتجديد هو تغيير الالتزام الاصلى بالتزام جديد يختلف فى احد اطرافه، او بتغيير محله، أو بتغيير مصدره، وبه ينقضى الالتزام القديم ويحل محله الالتزام الجديد. والاصل ان التجديد يؤدى الى نشأته التزام جديد تماما، سواء فى اصله او توابعه. ومن توابعه التأمينات[1] الضامنه له، وكذلك ما لحق به من تضامن، وبالتالى تبرأ ذمة باقى المدينين المتضامنين من الالتزام القديم. والاستثناء الذى يرد على هذه القاعدة (براءة ذمة الجميع) يتمثل فى طلب الدائن، عند الاتفاق على التجديد الاحتفاظ بالدين القديم فى ذمة باقى المدينين، بمعنى ان يكون اثر التجديد مقصوراً على انقضاء الدين فى حدود حصة المدين الذى اتفق على التجديد[2].

(١) الاصل أن تنقضى التأمينات الضامنه للدين القديم معه الا اذا تبين من الاتفاق، أو بنص فى القانون، غير ذلك (مواد ٣٥٦ و ٣٥٨ مدنى).

(٢) وفى هذه الجزئية يتفق التضامن السلبى مع التضامن الايجابى فى اثر التجديد، حيث ان التجديد فى التضامن الايجابى يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة للدائن وحده، ويظل الدين قائما بالنسبة لباقى الدائنين ولهم المطالبة بما بقى منه بعد استنزال حصة الدائن الذى كان طرفا فى التجديد.

٤ - **انقضاء الدين بالمقاصة** : قد يصبح أحد المدينين المتضامنين دائنا للدائن بمبلغ **يساوى قدر الدين** كله. وفى هذه الحالة يجوز لهذا المدين ان يتمسك بالمقاصة فى كامل الدين، فينقضى الدينان بالتقابل بينهما، ويترتب على هذه المقاصة براءة ذمة جميع الدائنين بطبيعة الحال، أما اذا كان من تحققت بالنسبة له المقاصة هو مدين آخر لم يتمسك بها، فلا يجوز لغيره من المدينين ان يتمسك بها الا فى حدود حصة هذا المدين الآخر. وفى هذا المعنى الاخير تنص المادة ٢٨٧ مدنى على انه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا الاخير».

وتنطبق الاحكام السابقة على **حالة الابراء** اذا كان شاملا كل الدين لصالح جميع المدينين، اذ يتصرف اثره الي انقضاء الدين كله. غير ان هذا الابراء قد يصدر لمصلحة مدين واحد فقط. وفي هذه الحالة يقتصر اثره على حصة هذا المدين ، حيث تبرأ ذمته، ويبقى للدائن أن يطالب المدينين الآخرين بباقى الدين (بعد استنزال حصة من ابرأه منهم). وفى هذا المعنى تقرر المادة ٢٨٩ مدنى «١ - اذا ابرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقين الا اذا صرّح الدائن بذلك». ولكن الفقرة الثانية اضافت: «فاذا لم يصدر منه هذا التصريح، لم يكن له ان يطالب باقى المدينين المتضامنين الا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه، الا ان يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين. وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين»- ثم اضافت المادة ١٩٠ مدنى انه «اذا ابرأ الدائن احد المدينين المتضامنين **من التضامن**، بقى حقه فى الرجوع على الآخرين بكل الدين، ما لم يتفق على غير ذلك». ومن المتصور، بالتالي، أن

يبرئ الدائن جميع المدينين من التضامن، فيعود الدين غير تضامنى وقابل للانقسام.

ومفاد ما سبق أن الدائن قد يبرئ أحد المدينين فقط، فتبرأ ذمة الباقين في حدود حصته، وقد تبرئ أحد المدينين ولكنه يحتفظ بحقه فى الرجوع على الباقين بكامل الدين، وقد يحتفظ بهذا الحق فى اطار ابراء أحد المدينين من التضامن. وفى هاتين الحالتين، يكون لباقى المدينين الرجوع على زميلهم بنصيبه في حصه من يعسر من بينهم[١] (م ٢٩٠مدنى). وأخيراً تعرضت المادة ٢٩١ مدنى فى فقرتها الثانية لفرض يقوم فيه الدائن باعفاء المدين الذى ابرأه من كل مسئولية عن الدين، وفي هذا الفرض يتحمل هذا الدائن نصيب هذا المدين فى حصه المدين المعسر. وهو حل منطقى وعادل، فيه يتحمل الدائن مسئولية اعفاء المدين من كل مسئولية عن الدين، اذ لا يصح ان يضر هذا الاعفاء باقى المدينين.

٥ - ***انقضاء الدين باتحاد الذمة*** : قد تتحد ذمة المدين مع الدائن، بأن يرث احدهما الآخر. وهو ما يتحقق فى أحدى حالتين، ***الاولى*** أن يتوفى الدائن ويرثه أحد المدينين المتضامنين، ***والثانية*** ان يتوفى أحد المدينين المتضامنين فيرثه الدائن. وقد تعرضت لفرض اتحاد الذمة المادة ٩٠ مدنى حي نصت على أنه « اذا اتحدث الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فان الدين لا ينقضى، بالنسبة لباقى المدينين، الا بقدر حصه المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن». وبالتالى فان المطالبة تقتصر في هذه الحالة على باقى الدين بعد استنزال الحصة التى اتحدت فى شأنها الذمة[٢].

(١) عملا بالمادة ٢٨٩ مدنى والتى تنص على أنه «اذا اعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الاعساز المدين الذي وفى الدين، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته».

(٢) يلاحظ ان اتحاد الذمة، على هذا النحو المعروض، يعكس وجها من اوجه تعدد الروابط.

٦ - **انقضاء الدين بالتقادم** : قد ينقضى الدين كله بالتقادم بالنسبة لجميع المدينين، وذلك حين تكتمل مدة التقادم المسقط، دون ان تنقطع او توقف بالنسبة لاى واحد منهم. وفي هذه الحالة يجوز لكل واحد منهم ان يتمسك به. غير ان هذا التمسك عمل إرادى اختيارى بالنسبة لكل مدين، اذ لا يجوز للمحكمة ان تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، «بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه، أو اى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين» (م ٢٨٧/ ١ مدنى). وبالتالى قد لا يتمسك بالتقادم بعض المدينين، وفى هذه الحالة يلتزمون بالوفاء بالدين، وموقفهم (فى هذا التنازل عن التمسك بالتقادم)، لا يلزم غيرهم، ولا يضر بهم بالتالى، ويظل من حقهم التمسك بالتقادم «فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية» (م ٢٨٧/ ٢ مدني).

غير ان التقادم المسقط للالتزام قد يكتمل بالنسبة لبعض المدينين، ولا يكتمل بالنسبة للبعض الآخر(١) ، وفى هذه الحالة يسقط حق الدائن فى مطالبه من توافرت له مدة التقادم المسقط، وتمسك به، ولكن يبقى حقه قائما فى مطالبة الآخرين من المدينين المتضامنين، على أن يستنزل من قدر الدين حصة المدين الذى سقط التزامه بالتقادم. واذا اوفى احدهم بالدين كان له الرجوع على المدين الآخر بقدر حصته. ولكن اذا تصادف ان أعسر أحد المدينين عند الرجوع عليه من جانب من أوفى بالدين، فان لمن قام بالوفاء أن

(٢) كما لو توافر فى مواجهتهم سبب من أسباب انقطاع التقادم او وقفه عملا بالمواد ٣٨٢ مدنى وما بعدها، أو ان يكون التزام بعضهم مؤجل، أو معلق على شرط، دون الاخرين، ويؤدى مثل هذه المركز المختلفةالى اختلاف بدء سريان مدد التقادم، وهو ما يعكس أيضا وجها من وجوه تعدد الروابط.

يرجع على من سقط دينه بالتقادم بقدر نصيبه فى حصة المدين المعسر. ويترتب علي هذا المنطق ان سقوط التزام احد المدينين، قبل الدائن، بالتقادم، لا يؤثر على احقية زميله الذى أوفى بالدين فى الرجوع عليه بنصيبه فى حصه المدين المعسر. ذلك ان دعوى الرجوع إنما يبدأ سريان مدة تقادمها من وقت الوفاء للدائن.. فلا تتأثر بتقادم التزام احد المدينين قبل الدائن.

٧ - ***الوفاء بمقابل*** : فى هذه الحالة يقبل الدائن استيفاء حقه بمقابل يستعيض به عن الشئ المستحق، ويقوم هذا مقام الوفاء (م ٣٥٠مدنى)، ويترتب عليه بالتالى انقضاء الالتزام قِبَلْ جميع المدينين المتضامنين. وهذا الحكم يختلف عنه فى حالة التضامن الايجابى، حيث يتعدد الدائنون، ولذلك فان قبول أحدهم للوفاء بمقابل لا يلزم الآخرين الا في حدود حصة هذا الدائن.

٨ - ***استحالة التنفيذ*** : قد يستحيل تنفيذ الالتزام بخطأ من أحد المدينين، وقد ترجع الاستحالة الى سبب أجنبى. وفي الحالة الأولى للدائن ان يطالب بقيمة الالتزام المقابل، اذا كان قد أوفى به، مع المطالبة بالتعويض، غير ان المدين المتسبب فى الاستحالة بخطئه هو الذى يتحمل عبء التعويض دون غيره. أما فى الحالة الثانية (الاستحالة بسبب أجنبى)، فليس للدائن أن يطالب أحداً بالتعويض.

ثانيا - تعدد *الروابط* :

٨٣- أشرنا فيما سلف الى أن التضامن بين المدينين يقوم على دعامة **وحدة *الدين* وتعدد *الروابط***، ومعنى هذا الشق الثانى (تعدد الروابط) ان كل مدين - رغم التزامه بذات الدين الواحد- الا أن له رابطه التزام مستقله بالدائن، بمعنى أن هناك عددا من روابط الالتزام بقدر عدد المدينين المتضامنين، وفي هذه الخاصية تبدو الصورة الكاملة للتضامن السلبى وهى دين واحد

ومدينون متعددون، وروابط متعددة تربط كل مدين بالدائن. فضلا عن ان هؤلاء المدينين المتعددين يربطهم ببعضهم قدر من المصلحة المشتركة، اقتضت - على ما سنعرض له لاحقا- نيابة تبادلية بينهم فيما ينفع لا فيما يضر.

ويترتب على **تعدد الروابط** عدة نتائج أهمها:

١ - ان بعض المدينين قد تتسم رابطة كل منهم بالدائن بوصف خاص، بما يستتبع ان يكون لكل منهم دفعا شخصيا بحتا، لا يتصل الا بشخصه، ولا يجوز لغيره ان يتمسك به، أي ان الاستفادة من الدفع تقتصر على صاحبه.

ومن ذلك الدفوع المتعلقة بقابلية الالتزام للابطلال لعيب من عيوب الارادة اذا توافر لمدين معين، كعيب الغلط او الاكراه او التدليس أو الاستغلال. ومثال ذلك ان يكون للدائن ثلاث مدينين متضامنين، تعاقد احدهم تحت سلطان رهبة دفعته الى التعاقد، أو تحت تأثير غلط، او تدليس...الخ. ولم يتوافر مثل هذا العيب لمدين اخر. فى مثل هذه الحالة يجوز لمن كان ضحية عيب الارادة أن يتمسك بابطال الالتزام، ولكن لا يجوز ذلك لغيره ممن كان خارج دائرة ذلك العيب.

وينطبق هذا التوصيف السابق فى حالة ما اذا كان الالتزام قابلا للبطلان لنقص اهلية المدين، فاذا كان أحد الملتزمين قاصرا أو ناقص الاهلية، لسبب من الاسباب القانونية الموجبه لذلك، كالسفه والغفلة، فان لمن لحق به نقص الاهليه - دون غيره من المدنيين - ان يتمسك بهذا الدفع.

وكذلك اذا كان أحد المدنيين المتضامنين تاجرا، وكان موقعا على كمبيالة، وبالتالي صار متضامنا مع الموقعين الآخرين، ثم افلس هذا التاجر وأجرى صلحا مع الدائنين، وادى ذلك الى اسقاط الدين من على عاتقه، فان

الدفع بهذا الابراء، يعد دفعا شخصيا يقتصر على صاحبه، ولا يستفيد منه بالتالى باقى الموقعين على الورقة التجارية. فالابراء من الدين هو أمر شخص بحت بالنسبة لهذا التاجر(١).

ويلاحظ انه فى الحالات السابقة، لا يجوز لغير من توافر له الدفع الشخصى البحت Purement Personnelle ان يتمسك به.

٢ - غير ان هناك حالات اخرى للدفوع الشخصية، التى لا تتصل بشخص صاحبها بذات القدر من الوثوق الذى توافر فى الحالات السابق عرضها Simplement personnelle ، ويجوز فيها للمدين صاحب الدفع ان يتمسك به بالنسبة لكل الدين فيؤدى الى انقضائه، أما بالنسبة لغيره من المدينين فانه يجوز لهم التمسك به فى حدود معينة، سعيا لانقضاء الدين جزئياً.

ومن ذلك ما سبق ان اشرنا اليه فى انقضاء الدين بغير طريق الوفاء فى بعض الصور، مثل **المقاصة** وفقا للضوابط التى اشرنا اليها والواردة فى المادة ٢٨٦ مدنى. وكذلك الحال بالنسبة **لاتحاد الذمة**، وكذلك الابراء، ففي هذه الحالات يجوز لمن توافرت له أن يتمسك بانقضاء الدين، ولكن لايجوز لغيره ان يتمسك بذلك. ومن هنا قلنا ان هذا الدفع هو دفع شخصى ولكنه ليس دفعا شخصيا بحتا.. بل هو دفع شخصى بسيط.

وأخيراً فان رابطة كل مدين متضامن قد تختلف فى بعض اوصافها من رابطة المدينين الاخرين. فقد يكون التزام احد المدينين معلقا على شرط، وقد يكون مضافا الى أجل، ولا يجوز أن يتمسك بالوصف الا من لحق الوصف بالتزامه.

---

(١) وهو ما يرتبط ايضا بمبدأ استقلال التوقيعات على الورقة التجارية.

البند الثانى

علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم

تقوم بين المدينين مصلحة مشتركة فى حدود معينة، وقد تقوم بينهم نيابة تبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، وهذه **اول مشكلة** نعرض لها فى وضع ضوابط علاقاتهم فيما بينهم. أما **المشكلة الثانية** فتتصل بتسوية العلاقات بين المدينين المتضامنين عقب الوفاء بالمدين، وكيفية رجوع من اوفى على غيره من زملائه فى المديونية، وضوابط هذا الرجوع. ونعرض للمسألتين فيما يلى:-

اولا - *النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين*:

٨٤- عرضت نصوص القانون المدنى المصرى لمبدأ النيابة التبادلية بين المدينين، وقصرت هذه النيابة على ما ينفعهم دون ما يضرهم، وقد أوردت تطبيقات هذا المبدأ المواد من ٢٩٢/ ٢ حتى المادة ٢٩٦ من القانون المدنى، ونعرض فيما يلى لهذه التطبيقات على التوالى :

١ - انقطاع التقادم المسقط للالتزام أو وقفه بالنسبة الى احد المدينين المتضامنين :

التقادم المسقط يعنى انقضاء الالتزام بغير وفاء، بمعنى انقضائه بعد مدة زمنية يحددها القانون[1]. وبشرط ان تكتمل المدة دون وقف او انقطاع (وبشرط ان يتمسك المدين بالتقادم).

ويقف سريان مدة التقادم فى حق الدائن بالنسبة للمدين اذا وجد مانع يحول دون المطالبة بالدين. يستوى فى ذلك ان يكون المانع ماديا، كقيام

---

(١) قد يكون التقادم طويلا ومدته خمس عشر عاما، وهو الاصل العام، وقد يكون قصيرا مدته خمس سنوات فى بعض الحالات..... الخ.

حرب، أو وقوع الشخص فى اسر العدو أو انقطاع المواصلات بسبب كارثة عامة.. وقد يترتب الوقف على مانع ادبى كعلاقة القرابة بين الزوج وزوجته او الاب وابنائه، باعتبارها مانعا من المطالبة، وكذلك علاقة الاصيل بالنائب (سواء كانت النيابة قانونية كالولاية، أو اتفاقيه كالوكالة او قضائية كالوصاية) (م٣٨٢/ ١ مدنى). **ووقف التقادم** يعنى وقف سريان المدة مؤقتا حتى يزول المانع، فاذا زال استأنفت المدة مسارها مع حساب المدة قبل الوقف. ففي مثل هذه الحالات يقف سريان التقادم المسقط بالنسبة للمدين الذى توافر السبب فى جانبه، فلا يضار منه بقيه المدينين المتضامنين(١). خاصة ان سبب الوقف، كما هو واضح من امثلة حالاته، يتصل بشخص المدين وحده.

أما بالنسبة لانقطاع التقادم، فمعناه زوال المدة السابقة على سبب الانقطاع، ثم حساب المدة من جديد ابتداء بعد زوال سبب هذا الانقطاع.

ويحدث الانقطاع باقرار يصدر من المدين بالدين (م ٣٨٤ مدنى)، أو باجراء يتخذه الدائن ضد مدين معين، كالمطالبة القضائية، والتنبيه بالوفاء، والحجز والدخول في تفليسه المدين التاجر. أو في توزيع حصيلة التنفيذ، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى احدى الدعاوى (٣٨٣ مدنى). وقد يحدث هذا الانقطاع في حق مدين متضامن دون غيره، ويترتب على النيابة التبادلية فيما ينفع فقط، أن الانقطاع يقتصر اثره على من

(١) اضافت الفقرة ٢ من المادة ٣٨٢ مدنى حالة خاصة لوقف التقادم الخمسى وهى حالة الغائب، والمحكوم عليه بعقوبة جناية، ومن لا تتوافر له الاهلية، اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا.

تحقق فى جانبه وحده، إذ ان هذا الاخير لا ينوب عن غيره فيما يضرهم[٢]. وهو ذات الحكم فى حالة وقف التقادم كما سبقت الأشارة.

١ - مسئولية كل مدين عن خطئه فى تنفيذ الالتزام :

٨٦- قد يمتنع أحد المدينين عن تنفيذ الالتزام، وقد يتأخر فى هذا التنفيذ، ويعزى ذلك الى خطئه، مما قد يتسبب فى الضرر الذى يلحق بالدائن. وقد نصت على هذه المبدأ المادة ٢٩٣/ ١ مدنى : «لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله».

ومن تطبيقات هذه الحالة أن يتسبب أحد المدينين في هلاك الشئ محل الالتزام بالتسليم (كما فى التزام البائعين المتضامنين بالتسليم فى عقد البيع).. فالتعويض عن هذا الهلاك يتحمله المدين المتسبب فيه دون غيره.. إذ لا ينوب عنهم فيما يضرهم. وقد وصفت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدنى هذا الحكم السابق «بأنه تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يفضى ذلك الى الحاق ضرر بهم، فكل مدين من المدينين

---

(١) فى القانون الفرنسى تقوم ايضا نيابة بين المدينن المتضامنين، غير أن حدود هذه النيابة تختلف فى القانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى، ففى هذا القانون الاخير لا تقوم النيابة فى كل ما يؤدى الى زيادة عبء الالتزام، ولكنها تقوم في كل ما يؤدى الى المحافظة على الدين، كما تقوم في كل ما يؤدى الى انقضائه أو الانتقاص منه. وفيما عدا ذلك ليس للمدين ان ينوب عن غيره فيما يضرهم. وتطبيقا لهذه الافكار السابقة فان اى اجراء قاطع للتقادم يتخذه الدائن ضد أحد المدينن، يقطع التقادم بالنسبة للجميع (خلافا لحكم القانون المصرى) (م ١٢٠٦ مدنى فرنسى)، كذلك لو أن الشئ محل الالتزام هلك بخطأ من أحد المدينن، او بعد اعذاره، فان ذلك لا يؤثر على التزام الباقين بسداد قيمة الشئ الهالك، ولكنهم لا يلتزمون بدفع أى تعويض (م ١٢٠٥ مدنى فرنسى)، كذلك فان المطالبة التى تؤدى الى سريان الفوائد تنتج اثرها فى مواجهة الجميع ولو وجهت الى مدين واحد (م ١٢٠٧ مدنى فرنسى).

المتضامنين لا يسأل فى تنفيذ الالتزام الا عن فعله، فاذا وقع من أحدهم خطأ جسيم، ووقع من الثانى خطأ يسير، وامتنع الثالث عن أن يفى بالتزامه من جراء سبب اجنبى، كانت تبعه الأول اشد وقرا من تبعه الثانى، وتبرأ ذمة الثالث وحده»[1]. ومفاد ذلك ان كل فعل ضار يصدر عن مدين معين يستقل بأثره الضار فى ذمة هذه المدين دون زملائه من المتضامنين معه.

وقد تبنت هذا الحكم السابق صراحة المادة ١٢٠٤ مدنى فرنسى بنصها على أنه «اذا هلك الشئ المستحق للدائن بخطأ احد المدينين او بعد اعذاره، فان المدينين الاخرين يسألون عن ثمن الشئ الهالك، ولكنهم لا يسألون عن تعويض الضرر، ويستطيع الدائن ان يطلب هذا التعويض من المدين الذى تسبب في الهلاك بخطئه او بعد اعذاره».

ولكن يلاحظ أنه اذا كان هناك اتفاق مقدما على التعويض (الشرط الجزائى) فان المدينين يكونون ملتزمين بهذا الاتفاق على سبيل التضامن شأنه شأن الالتزام الناشئ عن الاتفاق الاصلى.

واستكمالا للاحكام السابقة، فان ذات المبدأ يطبق فى حالة صدور حكم قضائى لمصلحة او ضد مصلحة المدين الذى أقام الدعوى. فقد نصت المادة ٢٩٦ مدنى على أنه «١- اذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين»، «٢- اما اذا صدر حكم المحكمة لصالح احدهم فسيستفيد منه الباقون، الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص

(١) مذكرة المشروع التمهيدية، السابق، ص ٤٧٥، ٤٧٦ .

بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه»، والفرض هنا ان باقى المدينين لم يمثلوا فى الدعوي.

وهذا النص يطبق مبدأ النيابة التبادلية فى شأن الأحكام القضائية التى يكون احد المدينين المتضامنين طرفا **فيها**، فاذا كان الحكم لمصلحة المدين، كان للجميع ان يحتجوا به على الدائن، وفقا لمبدأ النيابة فيما ينفع. أما اذا كان الحكم ضارا فلا اثر له إلا فى حق من صدر ضده الحكم، اذ لا نيابة بين المتضامنين فيما يضرهم. وينطبق ذات المبدأ على حالة الطعن فى الحكم القضائي، وما انتهى اليه الطعن من كسب أو خسارة.

غير ان الفقرة الثانية من المادة ٢٩٦ مدنى تحفظت -كما سبقت الاشارة- فى شأن المبادئ السابقة فى حالة ما اذا كان الحكم نافعا للمدين المحكوم له- بقولها **ما لم يكن «الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه»**. ومن قبيل ذلك ان يكون المدين قد حصل على حكم بابطال التزامه لنقص اهليته أو لعيب شاب ارادته.. ففى مثل هذه الحالات لا يستفيد الباقون من الحكم الصادر للمدين الذى كسب الدعوي.

٣ - الاعذار والمطالبة القضائية :

٨٧- الاعذار هو تنبيه من أحد طرفى الالتزام للطرف الآخر يطالبه فيه بأمر معين، يتعلق بتنفيذ الالتزام، وهو يهدف الي وضع المُعْذَرَ موضع التقصير، وترتيب آثار قانونية، نتيجة لذلك، فى ذمته: وفى شأن الاعذار تقوم ايضا نيابة تبادليه بين المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم. وقد نصت على ذلك المادة ٢٩٣/ ٢ مدنى: «اذا أعذر الدائن أحد المدينين

المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك اثر بالنسبة الى باقى المدينين، أما اذا أعذر احد المدينين المتضامنين الدائنين، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار».

وعلى هذا النحو فان **الاعذار** قد يوجه من الدائن الى احد المدينين المتضامنين، وفى هذه الحالة تقع تبعه الهلاك، على هذا المدين وحده، ويسأل وحده بالتالى عن التعويض الناشئ عن هذا الهلاك، واذا أراد الدائن أن يحملهم جميعا مسئولية هذه التبعة فما عليه الا ان يعذرهم جميعا بالتسليم.

وعلى العكس مما سبق قد يقوم احد المدينين باعذار الدائن، ويترتب على هذا الاعذار نتائج مفيده بالنسبة للمدين وزملائه، مثل انتقال تبعه الهلاك الى الدائن المُعذَرَ بعد ان كانت على عاتق المدين.. ففى عقد البيع مثلا ترتبط تبعه الهلاك بالتسليم، وبالتالى فهى على المدين بالتسليم (البائع) قبل تمامه، فاذا كان البائعون مدينين بالتسليم بالتضامن، وقام احدهم باعذار المشترى بتسليم الشئ المبيع، وتأخر هذا المشترى عن تسلم الشئ، فانه يتحمل - أى المشترى- تبعه الهلاك، بما يؤدى الى عدم احقيته فى استرداد الثمن اذا كان قد سدده، والتزامه بالوفاء به إن لم يكن قد اوفى به. وهذا الاثر الاخير ينصرف الى كافة المدينين الآخرين، لان آثر الاعذار مفيد لهم جميعا، فيعتبر القائم به نائبا عنهم.

أما بالنسبة **للمطالبة القضائية**، فان من أهم اثارها في حق المدين ان تقطع مدة التقادم المسقط، فضلا عن انها اذا تضمنت المطالبه بالفوائد فان تاريخها يعد بدءً لسريانها في حق هذا المدين.

ويترتب على ذلك ان الدائن الذى يرفع دعوى بالمطالبة ضد واحد من المدينين المتضامنين، فان اثر هذه المطالبة لا ينصرف الا إلى هذا المدين وحده،

اذ انه لا ينوب عن غيره فيما يضرهم.. وبالتالى ينقطع التقادم فى مواجهة المدين المدعى عليه وحده، كما تسرى فى مواجهته وحده ايضا الفوائد القانونية منذ تاريخ المطالبة القضائية بها.

٤ - الصلح مع أحد المدينين المتضامنين :

٨٨- قد يتصدى احد المدينين لاجراء مفاوضات صلح مع الدائن وينجح فى اتمام هذا الصلح، ويتوقف اثر هذا الصلح ومدى نفاذه في حق المدينين الآخرين على النتيجة التى اسفر عنها، وهل هى فى مصلحة المدينين ام فى غير مصلحتهم.

فاذا اسفر الصلح عن مصلحتهم فان منأجراه يكون نائبا عن الاخرين ويستفيدون منه. ومثال ذلك أن يتضمن الصلح نزولا من الدائن عن بعض ما يدعيه، او خفضا للفوائد المستحقة. وبالجملة كل ما يتضمن ميزة للمدينين لم تكن موجودة قبل الصلح.

أما اذا اسفر الصلح عن ضرر بمصلحة المدينين فان من أجراه لا يعتبر نائبا عن الاخرين، ولا ينفذ الصلح بالتالى الا فى مواجهة من وقعه وحده، كما اذا تضمن الصلح زيادة فى سعر الفائدة، او اعترافا بجزء كان متنازعا عليه، أو اضاف الى الالتزام الاصلى التزامات جديدة من أى نوع كانت.

وحاصل ما سبق ان المدينين هم اصحاب المصلحة فى الاقرار بالصلح الذي اجراه احدهم، أو إنكاره، وذلك وفقا لتقديرهم لما يسفر عنه من مصلحة، أو ما يلحق بمصالحهم من أضرار.

٥ - الاقرار الصادر من المدين او من الدائن وكذلك حلف اليمين او النكول عنها :

٨٩- تنص المادة ٢٩٥ /١ مدنى على «انه اذا أقر احد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين» .

من قواعد الاثبات ان الاقرار حجة قاصره على المقر لا يتعداه الى غيره . ومؤدى هذه القاعده انه اذا قام نزاع بين الدائن والمدينين حول وجود الدين، ولم يكن بيده سند يمثل دليلا مقبولا فى الاثبات قانونا، فقام احد المدينين المتضامنين بالاقرار له بحقه، فان هذا الاقرار لا يتعدى المقر الى غيره . وتلتقى هذه القاعده مع قاعده النيابه التبادليه بين المدينين فيما بنفع لا فيما يضر . والاقرار فى هذا الفرض يضر بباقى المدينين فلا يسرى فى حقهم .

أما اذا حدث العكس واقر الدائن لاحد المدينين المتضامنين . فان هذا الاخير ينوب عن غيره فى تلقى هذا الاقرار الذى ينفعهم ولا يضرهم .

وهذه الاحكام هى ذاتها السابق عرضها بالنسبه لحاله التضامن الايجابى. وكذلك الحال فى احكام حلف اليمين أو النكول عنها . وفى ذلك تقرر المادة ٢٩٥/ ٢ مدنى « واذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه الى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار باقى المدينين» وتضيف الفقرة ٣ من ذات المادة السابقة « واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى احد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك ».

وما نصت عليه المادة ٣٩٥/ ٢/ ٣ لا يخرج عن تطبيق مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

٦ - صدور حكم لصالح احد المدينين او ضده :

نصت المادة ٢٩٦/ ١ « اذا صدر حكم على احد المدينين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين» (٢) اما اذا صدر الحكم لصالح احدهم فيستفيد منه الباقون، الا اذا كان الحكم مبينا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه» .

ويثير هذا النص مسألة حجية الحكم القضائى فى نزاع نشأ مع الدائن. ولا يخرج الأمر عن أحد فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

ان يكون الدائن قد اقام دعوى اختصم فيها جميع المدينين المتضامنين، وفى هذه الحاله يكون الحكم حجة على جميع المدينين لانهم مثلوا فى الدعوى تمثيلاً صحيحاً . ولكن الامر يقف عند هذا الحد لكى تثور بعد ذلك مسألة الطعن والحكم الصادر فيه. فاذا كان المدينون قد خسروا الدعوى فى مواجهة الدائن، وقام احدهم بالطعن فى الحكم، فاذا كسب المدين طعنه، فإن الباقين يستفيدون من هذه النتيجة، واذا خسر المدين طعنه بقى الحكم الذى خسر به المدينون الدعوى على حاله، ولكن خساره الطعن المنفرد لا يحرم كل من الباقين من رفع طعن بنفسه، اذا كان ميعاد الطعن ما زال مفتوحاً.

الفرض الثانى :

ان تكون الخصومة القضائية قد قامت بين الدائن واحد المدينين المتضامنين. فى هذه الحاله اذا صدر الحكم لمصلحة المدين استفاد منه الباقون[١] ، اما اذا صدر الحكم ضده، فإنه يضار به وحده، ما دام ان الباقين لم

---

(١) ولكن اذا طعن الدائن وكسب الطعن بالغاء الحكم عاد الامر إلى حالته وخسر باقى المدينين مع المدين المطعون ضده .

يختصموا فى الدعوى ، سواء ابتداء أو بطريق التدخل او الادخال. واذا طعن المدين الخاسر وكسب الطعن فانه يفيد بذلك بقية زملائه .

الفرض الثالث :

حاله صدور حكم لمصلحة المدينين ولكن على سبب خاص بهذا المدين وحده . وهذه الحاله تمثل استثناء على مبدأ نيابه المدين عن زملائه فيما ينفعهم . فرغم ان الفرض هنا هو صدور حكم لصالح مدين بمفردة ، الا ان الفائدة منه تقتصر عليه دون سواه وذلك استثناء من مبدأ الاستفاده الجماعيه . ويعود هذا الاستثناء الى خصوصيه سبب كسب المدين لدعواه وهى ان سبب كسب الدعوى يتصل بسند ينفرد به المدين دون غيره من المدينين المتضامنين. ومن امثله ذلك ان يبنى كسب الدعوى على ادعاء المدين بسبب من اسباب البطلان النسبى التى تتعلق بشخصة ، كتعيب إرادته بأحد عيوب الاراده (الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال) أو نقص الاهليه ، كذلك لو كان سبب كسب الدعوى أن التزام المدين كان معلقا على شرط واقف ولم يتحقق فى وقت كان التزام بقية زملائه منجزا.

البند الثالث

احكام رجوع المدينين فيما بينهم

٩١- تثور مشكلات العلاقه فيما بين المدينين إثر الوفاء بالدين ، حيث يتعلق الامر باحكام رجوع المدين الموفى على غيره في اطار انقسام الدين فيما بينهم، وكذلك أثر اعسار احدهم على كيفية الرجوع.

ونعرض فيما يلى لهذه الاحكام بدءً ببيان متى يكون للمدين الموفى حق الرجوع، ومبدأ انقسام الدين ، وأثر اعسار احد المدينين على احكام الرجوع، واخيراً الاساس القانونى لحق الرجوع.

أولاً : متى يكون للمدين حق الرجوع على غيره :

٩٢- يكون التضامن بين المدينين عادة نتيجة حاله حقيقيه، أى تعكس مديونيه حقيقيه لكل منهم بحصه فى الدين . وبالتالى يكونوا جميعا أصحاب مصلحه فى المديونيه الداخله فى نطاق التضامن. ويترتب على هذا المنطق ان الدين ينقسم فيما بينهم، كل بقدر حصته. ذلك ان وحده الدين لا تقوم الا فى علاقتهم بالدائن، وليس فى العلاقه الداخليه بينهم.

ويترتب على هذا المعنى ان المدين اذا قضى الدين، سواء بالوفاء به، أو بما يقوم مقام الوفاء، على نحو ما سلف ذكره فى موضع سابق، كان له حق الرجوع مع ملاحظة التحديدات التفصيلية التى سبق عرضها عند الحديث عن الاسباب المختلفه لانقضاء التزام المدين المتضامن، وما قد تثيره من ضوابط بالنسبه لكل سبب من تلك الاسباب[١].

ويتحدد الحق فى الرجوع بعدة ضوابط :

١ - ان الرجوع لا يستقيم الا اذا كانت قد عادت على المدينين الآخرين فائدة من انقضاء الدين. فاذا انتفت هذه الفائده فلا رجوع له عليهم . ومن ذلك ان يفى مدين بالدين دون ان يخطر زملاؤه بذلك فيقوم مدين آخر بالوفاء به مرة ثانيه . فى هذه الحاله يثبت الرجوع للموفى الثانى دون الأول.

٢ - انه يشترط للرجوع ان يكون من اوفى بالدين قد اوفى بما يجاوز حصته. اما إذا اقتصر ، بالاتفاق مع الدائن ، على الوفاء بحصته فقط، او بجزء منها، فلا رجوع له على غيره . وفى هذه الحاله للدائن ان يرجع على الآخرين بعد استنزال حصه المدين الذى اوفى. ويترتب على ذلك ان

---

(١) التى سبق ذكرها فى تفاصيل قضاء الدين بطرق المقاصه مع احد المدينين ، او التجديد ، واتحاذ الزمه ، والابراء ، والتقادم .

المدين ليس له حق الرجوع الا فيما يوفى به زائد عن حصته[١]، ذلك ان الدائن في استيفائه للدين انما يستوفى فقط ما بقى بعد خصم الجزء الموفى به. من كل مدين بنسبه حصته الى حصص الآخرين .

٣ - الا يكون المدين الموفى هو وحده صاحب المصلحه فى الالتزام:

اشرنا سلفا الى ان المدينين المتعددين هم اصحاب مصلحه فى المديونيه لكل بحصه محدده. غير ان هناك من الفروض ما يتعدد فيه المدينون ، على سبيل التضامن ، ومع ذلك يكون احدهم (او بعضهم) فقط هو صاحب المصلحه فى الدين، بمعنى يكون الآخرون غير مدينين حقيقة ، وانما تضامنوا مع المدين الحقيقى بقصد كفالته، وان كانوا قد ظهروا فى سند المديونية كمدينين متضامنين على قدم المساواة[٢].

وقد واجهت المادة ٢٩٩ مدنى هذا الفرض حيث نصت على أنه «اذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين فهو الذي يتحمل به كله نحو الباقين».

ومفاد هذا الحكم أن هناك **مفارقة واضحة بين علاقة المدينين المتضامنين بالدائن من ناحية، وعلاقتهم فيما بينهم من ناحية أخرى**. وهى مفارقة تقوم على الاختلاف بين الوضع الظاهر الذى ظهر به المدينون أمام الدائن (بصفتهم متضامنين) والوضع الحقيقى لعلاقتهم بالمدين بصفتهم (فى علاقتهم به) مجرد كفلاء. ويترتب على هذه المفارقة، وهذا الاختلاف، تطبيق قواعد التضامن السلبى فى علاقتهم بالدائن، فلا يكون لهم حق تقسيم الدين ولا حق الدفع بتجريد المدين أولا، بل يلتزم كل منهم بالوفاء بكل الدين فورا عند

(١) ذلك ان حق الرجوع ليس مشروطا بالوفاء بكامل الدين.

(٢) يقصد تقوية الشقة فى المدين وتفادي مسالب الكفالة العادية التى قد تقلق الدائن على مستقبل استيفائه لحقه.

حلول الاجل ومطالبه الدائن بحقه. كما يترتب على هذا التضامن (الظاهرى) ان كل منهم لا يجوز له إلا التمسك بالدفوع المشتركة، وكذلك بالدفوع الخاصة به شخصيا، ولا يجوز له بالتالى أن يتمسك بدفوع غيره، سواء كانت دفوع كفيل مثله، أو كانت دفوعا تتعلق بالمدين الحقيقى. وبالجملة لا تطبق على علاقتهم بالدائن الاحكام الخاصة بالكفالة.

أما فى العلاقة الداخلية بين هؤلاء الكفلاء والمدين، فان الاحكام الواجبة التطبيق هو أحكام الكفالة، وليس أحكام التضامن، ومنها على الاخص ما ورد منها فى المواد ٧٩٨ وما بعدها من القانون المدنى، وهى انه يجب على الكفيل إخطار المدين قبل ان يقوم بالوفاء بالدين والا سقط حقه فى الرجوع اذا كان المدين قد وفى بالدين، أو كانت عنده وقت الاستحقاق اسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه (م ٧٩٨/ ١ مدنى). كذلك حق الكفيل - اذا وفى الدين- ان يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين، ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين (م٧٧٩ مدنى). وان للكفيل ان يرجع على المدين إذا وفى الدين سواء كان الكفالة بعلمه أو بغير علمه، وهو يرجع باصل الدين والفوائد، وكذلك بالمصروفات التى دفعها من وقت اخباره المدين الاصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده. وبالنسبة للفوائد، للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (م ٨٠٠ مدنى)، وأخيرا نصت المادة ٨٠١ مدنى على انه اذا تعدد المدينون فى دين واحد، وكانوا متضامنين، فللكفيل الذى ضمنهم جميعا ان يرجع على اى منهم بجميع ما وفاه من الدين».

ثانيا - انقسام الدين بين المدينين المتضامنين:

٩٣- اشرنا إلى أن الاصل ان يكون المدينون متضامنين حقيقة، وهو ما يعنى أن كل واحد منهم مدين بحصة فى الدين، كما أشرنا إلى أن وحدة الدين لا تقوم إلا فى مواجهة الدائن ولمصلحته، أما فى العلاقة الداخلية، بعد الوفاء، فان الدين ينقسم بينهم كل يسأل بقدر حصته. وقد نصت على هذا المبدأ الاخير المادة ٢٩٧ من القانون المدنى: «(١) اذا وفى احد المدينين المتضامنين كُلَّ الدين، فلا يجوز له ان يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين، ولو كان بماله من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن». «(٢) وينقسم الدين الذى وفاه احد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ما لم يوجود اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك».

ومعنى ذلك أن **الاصل هو الحصص المتساوية**، ولا خروج على مبدأ المساواة فى الحصص إلا اذا وجد اتفاق صريح او ضمنى على مخالفتها، كذلك لو نص القانون على غيرها.

وفى حالة الاتفاق على ما يخالف مبدأ المساواة فى الحصص، يجب ان يخضع إثباته للقواعد العامة فى الاثبات، خاصة قاعدة نصاب الاثبات بالكتابة (ما يجاوز خمسمائة جنيه).

ومن **الامثلة** على النصوص القانونية التى قد تؤدى الى تعديل قاعدة المساواة ما تنص عليه **المادة ١٦٩** مدنى من انه «اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بالتعويض، وتكون المسئولية بينهم بالتساوى إلا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض». فالنص يأخذ بمبدأ المساواة فى حصص التعويض، ولكنه يجيز للقاضى أن يعدل من الانصبة وفق تقديره لمدى مساهمة كل منهم فى إحداث الضرر بالمضرور.

وأخيرا أوردت المادة ٢٩٧/ ٢ مدنى تحفظا هاما هو أن رجوع الدائن على كل مدين بقدر حصته هى قاعدة واجبة الاحترام حتى ولو كان رجوع هذا الدائن بما له من حق الحلول بدعوى هذا الدائن. وهو تحفظ هام لان الرجوع بدعوى الدائن يسمح للموفى - بحسب الاصل- ان يرجع بكامل الدين (أى بحق الدائن كله بعد استنزال حصة الموفى من الدين)، ولكن اتباع هذا الاصل لا يستقيم مع مبدأ انقسام الدين بين المدينين، كما لا يستقيم مع احكام التضامن، لذلك كان لزاما أن يورد المشرع التحفظ السالف ذكره.

ثالثا - أثر اعسار أحد المدينين على الحق فى الرجوع :

٩٤- عندما يرجع المدين الموفى على زملائه كلُ بقدر حصته، فانه قد يفاجأ باعسار أحدهم. ومفاد ذلك أن تفوت عليه فرصة استيفاء حصه هذا المدين المعسر. ولاشك ان هذا الخطر، الذى تحقق بالفعل، هو خطر يتعين ان يدخل فى دائرة مفهوم التضامن، علي نحو لا يتأثر به المدين الموفي وحده. فالتضامن قائم فى الوفاء بالدين، وهو قائم ايضا فى مخاطر الرجوع على مدين معسر. وقد اخذت المادة ٢٩٨ مدنى بهذا المنطق فحمّلت حصة المدين المعسر لجميع المدينين المتضامنين بما فيهم المدين الذى وفّى الدين.

وفي ذلك تقرر المادة سالفة الذكر «اذا اعسر احد المدينين المتضامنين تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذى وفّى الدين، وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته».

ولا يرد على القاعدة السابقة سوى **تحفظ واحد**، يفقد فيه المدين الموفى حقه فى الرجوع على زملائه بحصه المدين المعسر، ومفاد هذا التحفظ **ان يكون المدين الموفى قد تأخر فى الرجوع، باهماله وتقصيره، الى الوقت الذى اعسر فيه من اعسر من المدينين.**

أمـا اذا كان المدين المـوفى قد اتخـذ كـافة اجـراءات الرجـوع فى الوقت المناسب دون اهمال او تقـصير، ومع ذلك اعـسر أحد المدينين قـبل أن يتمكن الأول من استيفاء حصة المدين المعـسر، فان من حقه، في هذه الحالة، ان يرجع بهذه الحصة على زملائه الآخرين كل بقدر حصته منسوبة لحصص الجميع.

رابعا- الاساس القانونى لرجوع المدين على غيره من المدينين المتضامنين:

٩٥- للمدين الموفى حق الرجـوع على المدينين المتضامنين، وفق مـا سبق عرضه، وله فى هذا الرجوع أن يسلك احـدى وسيلتين: إما الرجوع بالدعوى الشخصية، واما الرجوع بدعوى الحلول محل الدائن الذى استوفى حقه.

١- وبالنسبة **للدعوى الشخصية فوفقا لها قد يرجع المدين الموفى بدعوى الوكالة** طبـقا للمـادة ٧١٠ من القانون المـدنى، وذلك على سند أنه حين وفى كان وكيلا عن شركائه فى المديونية، وهو مسـئول معهم على سبيل التضامن، وبالتالى تقوم بينهم مصلحة مشتركة قوامها ان لكل منهم، بل وعليه ايضا، ان يفى كل الدين عندما يطالبه الدائن بذلك. ومن مـزايا الرجوع بدعوى الوكالة انها تعطى للمدين ان يسترد من المدينين الاخـرين، فضلا عن حصة كل منهم، ما انفـقه فى تنفيـذ الوكالة التنفيـذ المعتاد، مع الفـوائد من وقت الانفاق. واذا إقتـضى تنفيذ الوكـالة أن يقدم الموكل للوكـيل مبالغ لـلانفاق منها فى شـئون الوكالة، وجب على الموكل ان يقدم هذه المبالغ اذا طلب الوكيل ذلك (م ٧١٠ مدنى).

أما الدعوى الشخصية الثانية التى قد يلجأ اليهـا المدين الموفى فهى دعوى **الفضالة** وفقا للمادة ١٩٥ مدنى، وبمقتـضاها يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحـسابه، وان يعوضه عن التعهدات التى التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها

فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل..».

والفوائد المشار اليها هى فوائد مضافة إلى فوائد الدين الاصلى (قانونية كانت أو اتفاقيه). اذ انها فوائد تستحق عن مجموع ما اداه المدين في وفائه بالدين، من اصل الدين وفوائده والمصروفات. وهذه الفوائد مستحقة دائما، على النحو السابق، ولو كان اصل الدين لا ينتج اية فوائد. واستحقاق الفوائد وفق هذا الحكم يسرى فى حالتى الرجوع بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، مع ملاحظة انها تستحق فقط عما وفاه المدين زائدا عن حصته. وأخيرا فإن من مزايا الدعوى الشخصية ان تقادمها يسرى من وقت وفاء المدين كما سلف ذكره.

٢- وقد يرجع المدين الموفى **بدعوى الحلول**، أى بدعوى الدائن الذى وفى له بالدين، وهو ما يعود الى قاعدة مقرره فى القانون المدنى، حيث تنص المادة ٣٢٩ مدنى على أنه «اذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه في الاحوال الآتية : (أ) **اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه**».

وينطبق هذا الوصف الاخير على **المدين المتضامن، اذ انه ملزم بالدين مع غيره من المدينين المتضامنين**، وبالتالى فاذا أوفى كان له حق الحلول محل الدائن وفقا للنص السابق.

وكان من مقتضى الحلول، وفقا لقاعدته العامة، لو طبقت فى صدد التضامن، ان يحل الموفى محل الدائن فيما له من دين، وبما يتمتع به هذا الدين من تأمينات كانت مقرره للدائن، وكذلك بما يرد عليه من دفوع، بالقدر الذى أداه الموفى من ماله (م ٣٢٩ مدنى). ومع ذلك فان القانون المدنى المصرى

شاء ان يخرج على هذه القاعدة فى شأن الحلول الكلّى، وقرر قاعدة تجزئة الرجوع بالنص فى الفقرة الاولي من المادة ٢٩٧ مدنى- وقد سبقت الاشارة اليها- على **أن المدين الموفى لا يرجع على كل مدين الا بقدر حصته ولو كان رجوعه بما له من حق الحلول.**

وأخيرا فان دعوى الحلول لا تعطى للموفى - على خلاف الدعوى الشخصية - سوى فوائد الدين الأصلى فقط، **اذا كان منتجا لفوائد، كما ان دعوى الحلول تتقادم من وقت حلول اجل الدين** الذى تم الوفاء به . ومن هاتين الزاويتين الاخيرين تبدو دعوى الحلول اقل ميزة من الرجوع بالدعوى الشخصية.

الفصل الخامس

الالتزام غير القابل للانقسام

٩٦- يعتبر الالتزام غير قابل للانقسام اذا كان يستحيل على المدين- أو لا يجوز له، ان ينفذه منقسما. وقد عـرضت لهذه النوعية من الالتزامات المواد ٣٠٠ و ٣٠١ ، ٣٠٢ من القانون المدنى.

فـقـد نصت المادة ٣٠٠ مـدنى على أن يكون الالتـزام غـيـر قـابل للانقسام:-

أ - اذا ورد علي محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم.

ب - إذا تبين من الغرض الذي رمى اليه المتعـاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، أو اذا انصرفت نيه المتعاقدان الي ذلك.

وقد تعرضت المادة ٣٠١ مدنى لحكم تنفيذ الالتزام غير القابل للانقسام في حـالة تعـدد المدينين به، فنصت على أنه «(١) اذا تعـدد المدينون فى التـزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا».

«(٢) وللمدين الذى وفـى بالدين حق الرجوع على البـاقين، كل بقدر حصته إلا اذا تبين من الظروف غير ذلك».

ثم عرضت المادة ٣٠٢ مدنى لحكم هذا الالتـزام فى حالة تعدد الدائنين فنصت على انه «(١) اذا تعدد الدائنون فى التـزام غير قابل للانقـسام او تعدد ورثة الدائـن فى هذا الالتـزام، جـاز لكل دائن، أو وارث، ان يطـالب باداء الالتزام كاملا، فاذا اعترض أحد الدائنين او الورثة على ذلك كان المدين ملزما باداء الالتزام للدائـنين مجتـمعين او ايداع الشئ محـل الالتزام. «(٢) ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام كل بقدر حصته».

ويلاحظ على هـذين النصين الاخيـرين (م ٣٠١ و ٣٠٢ مـدنى)، أن المشاكل القـانونية لا تعرض (فى حـالة الوفاء - او الاستـيفاء- بالالتزام غـير القابل للانقسام) إلا اذا تعدد أحد طرفى الالتزام (المدينون او الدائنون)، أما اذا كان الالتزام بين مدين واحد ودائن واحد، فان المبدأ هو عدم اجبار الدائن على قبـول الوفاء الجـزئى عملا بنـص المادة ٣٤٢/ ١ مدنى: «**لا يجوز للـمدين ان يجبر الدائن على ان يقـبل وفاء جزئياً لحقه، مـا لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك**». فالاصل ان الوفاء بالالتزام يجب ان يكون كاملا[1].

وتتشـابه بعض آثار عدم القابليـة للانقسام مع بـعض الآثار المرتبة على التضامن. ففى الحالتين لا يستطيع الدائن ان يطالب احد المدينين المتعددين الا بكامل الدين دون تجـزئـة. وكذلـك الحال بـالنسـبـة لكل مـدين - فى وفـائه بالدين- اذ يكون كل مدين ملزما بالوفاء بالدين كاملا.

غيـر ان الاساس القانونى يختلف فى كـل من النظامين عنه في الآخر. **فأساس التـضامن قائم على فكرة الضمان المـقرر لمصلحة الدائن**، حين يكون الدين قابلا للانقسام بطبيعته، ولكن التضامن يأتى ليحمى الدائن من التعرض لخطر اعسار احد المدينين، وذلك باعطائه - بـحكم التضامن- مكنة مطالبة اى مدين بكامل الدين.

أما أساس عدم القـابلية للانقسام فلا تكمن فى فكرة الضـمان، ولكنها تكمن فى اعتبارات واقعية اخرى، سواء مـستمدة من طبيعة محل الالتزام، أو من الغرض الذي يسعى اليه المتعاقدان، أو نزولا على نيتهما المشتركة.

ويلاحظ ان آثار عدم الـقابلية للانقـسام تبدو فـى بعض الحالات- من

(١) ويلاحظ بالتالى أن الالتزام اذا كان قـابلا للانقسام جـاز للدائن ان يقبل الوفـاء بجزء منه، وهو حكم لا يتصور اذا كان الالتزام غير قابل للانقسام بطبيعته.

حيث ضـمان حقوق الدائن - اقل قـوة منها فى حالة التضـامن. وفي حالات اخرى تبدو هذه الاثار على العكس اكثر قوة.

وحـاصل ذلك انه لا يوجـد تطـابق تام بين الفـكرتين، لا من حـيث الاسـاس، ولا من حيث الآثار. لذلك فـان اطراف التعـاقد قـد يعمـدون الى الجمع بين مزايا النظامين فى آن واحد. فقد يتجه المتعاقدان إلى الاتفاق على ان التزامـا ما هو التزام غيـر قابل للانقسـام، مع انه قابل للانقسـام بطبيعتـه، وقد يذهبا أبعد من ذلك بالاتفاق على اعتبار الالتـزام غير قابل للانقسام بالاضافة إلى اضفاء وصف التضامن عليه. والواضح فى هذه الحالات ان الدائن يسعى بمثل هذا الاتفـاق السابق، إلى الجـمع بين حـسنات التضـامن وحسنات عـدم القابلية للانقـسام. ولكن يبقى أن اضفاء وصف عدم القابلـية للانقسام، على التزام القابل للانقـسام بطبيعتـه، يثير قدراً من المشاكل فـى التطبيق، سنعرض لهـا عند الحديث عن آثار عدم القابلية للانقسام.

ونعرض فيما يلى لمصادر عدم القابلية للانقسام ثم لآثاره.

المبحث الاول

مصادر عدم القابلية للانقسام

بالرجوع الى نص المادة ٣٠٠ مدنى يتضح ان عدم القـابلية للانقسام قد تعـود إلى طبيـعـة محل الالتـزام، وقد تعـود، في حـالات اخرى ،إلى اتفـاق الطرفين.

المطلب الاول

عدم القابلية للانقسام بحكم طبيعة المحل (ماديا او معنويا)

٩٧- **قد تفرض طبيعة محل الالتـزام عدم قابليته للانقسام**، ويقال، فى هذه الحالة، أن وصف عـدم الانقسام هو وصف موضـوعى، بمعنى انه لا يقوم على إرادة طرفى الالتزام، كـما يقال ايضـا ان الوصف - في هذه الحالة - هو وصف مطلق، أى ان عدم القـابلية للانقسـام مطلقة. ومن قبـيل ذلك الالتزام بالامتـناع عن القيـام بعمل مـعين، كالالتـزام بعدم المنافـسة، أو الالتـزام بعدم البناء. ذلك ان الاخلال بالالتزام أياً كـان قدره يعنى عدم تنفيذ الالتـزام برمته. فعدم القابلية للانقسام - في هذه الحالة - مطلقة تعود الى طبيعة محل الاداء. وكذلك الحال فى الالتزام بتقـرير حق ارتفاق - كحق المرور- إذ أن هذا التزام غير قـابل للانقسام بطبيـعته، اذ لا يقبل التـجزئة فى تنفيذه. وكـذلك الالتزام بتسلـيم حيوان حى. فـفي مثل هذه الحـالات اذا تعدد المدينون فـان كل منهم ملزم بالوفاء بكامل الالتزام غير مقسّم.

وعلى العكس يعتـبر الالتزام قابـلا للانقسام بطبـيعته اذا كـان محله لا يستعـصى على التجزئة، كـالالتزام بالوفاء بمبلغ من النقود، والالتـزام بتسليم قطعة ارض. كذلك قد يتحول الالتزام غير القـابل للانقسام بطبيعته الى التزام قابل للانقسام، ففى الامثلة السالف ذكـرها اذا استحال تنفيذ الالتزام الاصلى

تنفيـذا عينيا، وآل الامـر الى الحكم بالتعـويض بدفع مبلغ نقدى، فـان الالتزام بهذا المبلغ هو التزام قابل للانقسام بطبيعته.

ويقابل صورة عدم التجزئة المطلق عدم التجزئة النسبية. وفى هذه الحالة الاخيرة يكون محل الالتزام قابلا للانقسام بحكم اصل نشأته، بمعنى انه ماديا، أو موضوعـيا، قابل للانقسـام. وتعود قابلية للانقسـام الى انه يتكون من عدة عناصر تسـمح، فى الواقع، وفى القانون، بالتـجزئه فيـما بينهـا، ولكنه اصبح يشمل كلا معنويا غير قابل للانقسـام بفعل الانسان. وهو ما يستفاد من العقد المبرم بين طرفيه، وكيـفيه تصورهما لتجميع العناصـر فى اطار مفهوم واحد لا يتجزأ.

والمثـال الواضح على ذلك هو للمحل التـجـارى. فـهو يتكون من عـدة عناصر يمكن بحسب الاصل فصل بعضهـا عن البعض، وهى عناصر السمعة التجارية وحق الاتصال بالعمـلاء، والاسم التجارى، والمقومات المادية.. الخ. إلا انه بحكم تصور المتعاقدين **للمحل التجارى**، ككل معنوى، يصبح الالتزام بتسليمـه - بموجب عقد بيعه-- التـزاما غير قابل للانقسـام. وكذلك الحال فى حالة بيع حيوان، اذ يتصور بيعه اجـزاء، ولكن اذا بيع حيًا فان الالتزام بتسليمه يكون - وفقا لتصور المتعاقدين- غير قابل للانقسام، وكذلك بحسب التصور الذي ارتضاه المتـعاقـدان. وكذلك الحال اذا تعـاقد اكـثر من مقـاول على بناء منزل بحيـث يتـعـهد كل مـنهم ببناء طابق مـحـدد، كانت التـزامـاتهم قـابلة للانقسـام، اما اذا تعـهد مـقاول ببناء منزل كـاملا، فان التـزامه، قـبل المتعـاقد الاخر، يكون غير قابل للانقسام.

وقد قضت محكمـة النقض الفرنسية بتطبيق المفهـوم السـابق على حالة تعاقد احدى هيئات السينمـا مع أحد المنتجين على تقديم برنامج يتضمن عدة افلام محـددة، اذ قضى بأن التزام المنتج - **وفقا لمفهوم العقد**- يشمل البرنامج

كاملا- غير مقسم، حيث أن كلمة برنامج تطلق، وفقا لعادة المهنة السينمائية- على مجموع العروض معا[1] على نحو لا تجوز فيه التجزئة. ويلاحظ ان عدم القابلية للانقسام فى الامثلة الاخيرة تمثل وجها معنويا وليس ماديا.

المطلب الثانى

عدم القابلية للانقسام بحكم الاتفاق

فى هذه الحالة يكون محل الالتزام قابلا للانقسام ماديا ومعنويا على نحو يتكون من عدة عناصر أو مكونات مستقله بعضها عن البعض، ومع ذلك يصبح غير قابل للانقسام فى حالتين نصت عليهما الفقرة ب من المادة ٣٠٠ مدنى. **الأولى** هى حالة اتفاق الطرفين (م ٣٠٠/ب مدنى) على هذا المفهوم. والثانية هي ما اذا كان الغرض الذى يرمى اليه المتعاقدان لا يسمح بتنفيذه منقسما. ويدخل فى الحالة الثانية ما تنطق به طبيعة بعض الالتزامات - اتساقا مع هذه الطبيعة - من ضرورة الوفاء به دون تجزئة أو انقسام.

ومن صور **الاتفاق الصريح** ان يقترض عدة اشخاص مبلغا من المال، بحيث يوزعونه فيما بينهم ليحقق كل واحد منهم به غرضا خاصا، وبالتالى لا تقتضى طبيعة الالتزام عدم التجزئة، ومع ذلك يتفق المقترضون مع الدائن على ان يكون الوفاء بكامل الدين دون انقسام. وقد يرغب الدائن فى الا ينقسم الالتزام علي ورثة اى من المدينين عند وفاته، فيتفق صراحة على الا ينقسم الالتزام بين ورثة المدين المتضامن بعد وفاته. وكذلك قد ينص على هذا الشرط بالنسبة لورثة أى من الدائنين المتضامنين. وتبدو أهمية ذلك فى أن القانون

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٣٧، جازيت دي باليه، عدد ١٥ أبريل عام ١٩٣٧.

المدنى ينص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨٠ على انه «ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة احد الدائنين المتضامنين الا اذا كان الدين غير قابل للانقسام»، وبالتالى يكون الاتفاق على عدم القابلية للانقسام هاما ومنتجاً.

أما الحالة الثانية، وهى الاتفاق الضمنى، والتى عبر عنها المشرع بنصه على انها.. **«اذ تبين من الغرض الذى رمى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما»**. في هذه الحالة يكون محل الالتزام قابلا للتجزئة بطبيعيه كالالتزام بتسليم ارض مبيعه، ومع ذلك فان الغرض الذى يسعى اليه المشترى يحول دون هذه التجزئة، كأن تكون الارض قد اشتريت لاقامة مدرسة او مصنع او دار للسينما عليها، وثبت ان هذا الغرض قد دخل في منطقة العقد، بمعنى أخذ فى اعتبار المتعاقدين، وكان بالتالى محلا لاتفاق ضمنى بينهما. كذلك لو ان شخصا اتفق مع آخر على إقراضه مبلغا من المال ليأخذ بالشفعة ارضا مبيعة، فان التزام المقرض لا يقبل التجزئة اخذا فى الاعتبار غرض القرض والاجراءات والمواعيد الصارمة التى تحيط باعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة.

وتطبيقا للمعانى السابقة[1] قضت محكمة النقض ان عدم تجزئة الالتزام يصح تقريره بارادة المتعاقدين، واذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو

---

(١) يلاحظ ان جذور فكرة انقسام الالتزام او عدم انقسامه تعود الى القانون الرومانى، وقد عالجها الفقيه الرومانى جستنيان Justinien ولكنها كانت غير واضحة أو محددة، ثم كتب عنها الفقيه Dumoulin عندما حاول ان يبنى نظرية للالتزام غير القابل للانقسام وواجه فى ذلك صعوبات عديدة. ثم جاء الفقيه بوتييه Pothier واعطى للفكرة مزيدا من التحديد والايضاح، ونقلها عنه بحالتها القانون الفرنسى فى المواد من ١٢١٧ حتى ١٢٥٥ مدنى فرنسى، بما يشوبها من قدر من عدم التحديد ايضا. لذلك يختلف الفقه الفرنسى فى التقسيم ويرى بعضه جعل عدم القابلية للتجزئة النسبية والاتفاقيه قسما واحدا باعتبار مصدرها. (راجع، أوبرى ورو -٤- رقم ٣٠١، ومازوو شابا، جزء -٢- الكتاب الأول، رقم ١٠٧٤.

ان الطاعن اشـتـرى من المطعون عـليه قطعـتى ارض منفـصلتين الواحـدة عن الاخرى، ولـكن افرغا مـعا في مـحرر واحـد، وكان الحكم، اذ قـضي برفض الدعوى التى اقامهـا الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البـيع بالنسبة الى احدى القطعتين تأسيسا على ان التزامات الطاعن بالنسبة الى القطعتين واحدة لا تقبل الجزئة وانه قـصر فى الوفاء بها، قد اقام قضـاءه على ان الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة أرض مما يتبقى من ثمن الثانيـة، وان نية المطعون عايه واضحة في هذا المعنى من رغبتـه التخلص من ديونه دفعة واحـدة ببيع قطعتى الارض علي السواء لمشتر واحد، يكمل من باقى ثمن احداهما ما على الاخرى لنفس الدائن، متى كـان الحكم قد اقام قضـاءه على ذلك، فان ما ينعـاه عليه الطاعن من خطأ في تطبـيق القـانون اسـتنادا الى انـه اوفي المطعـون عليـه بكامل ثمن القطعـة التى طلب الحكم بصحـة ونفاذ العـقد بالنسـبة اليـها يكون علي غـير أساس(١).

---

(١) نقض مدنى ٢٢ مارس عام ١٩٩١ مجموعة الاحكام س ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤.

المبحث الثانى

آثار عدم القابلية للانقسام

٩٩- إذا كان الالتزام آحادى الاطراف، بأن كان المدين واحدا وكذلك الدائن، فلا أهمية تذكر لوصف الالتزام من حيث كونه قابلا للانقسام أو غير قابل لذلك، اذ يتعين على المدين دائما أن يفى بكامل الدين دون تجزئة، إذ الاصل أن من حق الدائن أن يرفض الوفاء الجزئى.

أما إذا تعدد أحد طرفى الالتزام، سواء عند ميلاده، أو فى وقت لاحق، بسبب الميراث، فهنا تبدو أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام.

لذلك فان دراسة آثار عدم قابلية الالتزام للتجزئة تعرض من خلال الفرضين المتصورين وهما فرض تعدد المدينين وفرض تعدد الدائنين.

المطلب الأول

حالة تعدد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام

١٠٠- نصت على حكم هذا الفرض المادة ١/٣٠١ مدنى حيث ذهبت إلى أنه «(١) اذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بالوفاء بالدين كاملا. «(٢) وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك».

ومعنى ذلك أن كل مدين في الالتزام غير القابل للانقسام يلتزم بالوفاء بالدين كاملا اذا طالبه الدائن به. كما يجوز لكل مدين أن يتقدم تلقائيا بالوفاء بكامل الدين ولا يملك الدائن أى اعتراض على قيامه بالوفاء. وفى الحالتين تبرأ ذمم بقية الدائنين بطبيعة الحال. وفى حالة الوفاء يجوز للمدين ان يرجع

على المدينين الآخرين كل بقدر قيمة حصته. والاصل فى الحصص التساوى ما لم يوجد اتفاق أو نص على خلاف ذلك. واذا تبين إعسار أحد المدينين تحمل الباقون نصيبه، كل بقدر نسبة حصته إلى حصص الآخرين.

وكما هو الحال فى التضامن يستطيع كل مدين أن يدفع مطالبه الدائن له بكافة الدفوع المشتركة بين جميع المدينين، كالدفوع المتعلقة بانقضاء الالتزام أو بطلانه بطلانا مطلقا، أو عدم حلول اجله، أو عدم تحقق شرطه الواقف. ولكن لا يجوز للمدين أن يتمسك بدفوع يختص بها غيره على نحو شخصى.

ويظل الالتزام غير قابل للانقسام حتى بالنسبة لورثة من يتوفى من المدينين. ولكن اذا استحال محل الالتزام وآل امره الى تعويض نقدى فإن هذا التعويض يصبح قابلا للانقسام بين المدينين، يستوى في ذلك أن يكون التعويض قضائيا، أو اتفاقيا استحق طبقا لشرط جزائى. مع ملاحظة انه اذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ أحد المدينين، فان هذا الاخير يكون ملزما بالشرط الجزائى بكاملة. أما فى غير هذه الحالة فيقسم مقدار الشرط الجزائى فيما بين جميع المدينين.

انقضاء الالتزام بغير الوفاء:

١٠١- يترتب على منطق عدم القابلية للانقسام انه اذا انقضى الالتزام بالنسبة لاحد المدينين، بغير **الوفاء**، فان ذلك يؤدى إلى انقضائه بالنسبة للجميع، ويتحقق هذا الحكم ولو تحقق سبب الانقضاء بالنسبة لاحد المدينين فقط، وهى نتيجة منطقية لمفهوم عدم القابلية للتجزئة.

وينطبق الحكم السابق على حالة الانقضاء بطريق التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة، الابراء، التقادم.

ويلاحظ انه لا توجد نيابه تبادليه بين المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام، ولكن يختلف حكم ما تتعرض له رابطة الالتزام باختلاف الاحوال:

١ - **بالنسبة لانقطاع التقادم ووقفه**، تؤدى عدم القابلية للتجزئة الى انصراف اثر هذين العارضين الى جميع المدينين، حتى ولو تحقق بالنسبة لواحد منهم فقط، وهو حكم يتفق مع مفهوم عدم التجزئة.

٢ - **كذلك الحال لو صدر حكم ضد أحد المدينين**، فان اثره ينصرف الى الباقين نزولا على معنى عدم التجزئة، ولكن ذلك مشروط بان يكون سند الحكم يقوم على أسباب تتعلق برابطة الالتزام ذاتها وليس بشخص المحكوم ضده. وينطبق ذلك على حالة صدور حكم لصالح احد المدينين، حيث يجوز للباقين الاحتجاج به. وينطبق ذات الحل فى حالة ما اذا وجه الدائن يمينا حاسمة لاحد المدينين فحلفها، وكانت تتعلق بذات الدين، ففى هذه الحالة تنصرف الفائدة الى جميع المدينين بسبب عدم قابلية الالتزام للتجزئة. **أما في حالة نكول المدين عن اليمين، فإن نكوله يكون عليه وحده. وكذلك اقراره بالمديونية، اذ الاقرار حجة قاصرة على المقر.** لا يتعداه الى غيره، وعلى ذات المعنى يكون حكم الصلح الذى يبرمه احد المدينين، فان تضمن ابراء من الالتزام استفاد منه الجميع نظرا لعدم التجزئة، واذا تضمن عبأ زائدا فلا ينصرف اثره الا إلى صاحبه، شأنه شأن الاقرار.

٣ - **اذا ارتكب احد المدينين خطأ شخصيا فانه وحده مسئول عن نتائج هذا الخطأ.**

٤ - يذهب جانب[1] من الفقه **إلى أنه اذا اعذر الدائن أحد المدينين او**

---

(١) السنهوري، جزء ٣ - رقم ٢١٨.

طالبه قضائيا، فان اثر ذلك مقصور على المدين الذى تم اعذاره، وكذلك اذا وجه إلى احد المدينين مطالبه قضائية ادت الى بدء سريان الفوائد، فان هذا الاثر ينصرف الى هذا المدين وحده. وكذلك الحال لو أن مدينا قام باعذار الدائن، فان غيره من المدينين لا يستفيد من اثر هذا الاعذار. ونعتقد من جانبنا أن أثر الاجراء فى الحالات السابقة ينصرف الى جميع المدينين. لأن الاعذار والمطالبة القضائية كل منهما يتعلق بالوفاء بالدين أو استيفائه، ولذلك فان وحدة كل من هذين الأمرين الأخيرين إنما تقتضى أن ينصرف اثر الاعذار، أو المطالبة القضائية، إلى جميع المدينين نفعا أو ضرراً أياً كان القائم به.

المطلب الثانى

حالة تعدد الدائنين

١٠٢- تعرضت المادة ٣٠٢ مدنى لحالة تعدد المدينين في الالتزام غير القابل للانقسام بان نصت على أنه «(١) اذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام، او تعدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام، جاز لكل دائن أو وارث ان يطالب باداء الالتزام كاملا. فاذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو ايداع الشئ محل الالتزام» «(٢) ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته».

ونعرض لشرح احكام عدم القابلية للانقسام بين الدائنين من خلال عرض أحكام الوفاء بالدين او استيفائه، وكذلك حالات انقضاء الدين بغير الوفاء واثرها، واخيرا عدم وجود نيابة تبادليه بين الدائنين واثر ذلك على ما يعرض من نتائج يحتمها عدم القابلية للانقسام وتصادف تشابهها، احيانا، مع نتائج النيابة التبادلية.

وفاء الدين واستيفائه : يتضح من المادة ٣٠٢/ ١ مدنى انه يجوز لاى دائن، أو لاى وارث لدائن، ان يطالب بكل الدين، واذا صدر اعتراض من أحد الدائنين، او احد الورثة، وجب على المدين إما ان يفى للدائنين مجتمعين أو ان يقوم بايداع الدين محل الالتزام على ذمتهم خزانة المحكمة.

ولكن يلاحظ ان مصدر عدم القابلية للانقسام يؤثر على بعض احكامه، وذلك بحسب ما اذا كان المصدر هو طبيعة الشئ، أو كان هو اتفاق الاطراف. ففي حالة عدم القابلية للانقسام بالاتفاق تؤدى وفاة الدائن إلى انقسام الدين بين ورثته، اذ الفرض ان المصلحة التى كانت وراء الاتفاق هى مصلحة الدائن، أما وقد توفى فان من مصلحة ورثته ان يقسم الدين بينهم كل بحسب نصيبه. وعلى العكس اذا كانت عدم القابلية للانقسام تعود إلى طبيعة الشئ، فان هذا الوصف يبقى قائما، رغم انتقال الحق الي ورثة الدائن المتعددين، لان محل الالتزام لا يقبل الانقسام بطبيعته.

وتنطبق آثار عدم القابلية للانقسام على مطالبة أى دائن بكامل الدين، ولا يستطيع المدين أن يعترض على هذه المطالبه، ويبقى له فقط أن يدفع بكافة أوجه الدفوع المشتركة بين الدائنين، كما أن له أن يدفع مطالبه أحد الدائنين بما يخصه - أى يخص هذا الدائن- من أوجه تتعلق بشخصه. ولكنه، أى المدين، لا يستطيع أن يدفع، فى مواجهة الدائن الذى يطالبه بالوفاء، بدفوع خاصة بدائن آخر.

اثر انقضاء الالتزام غير القابل للانقسام بغير طريق الوفاء :

١٠٣- يتميز الالتزام غير القابل للانقسام بالنسبة لتعدد الدائنين، أن أى دائن، وان كان من حقه ان يطلب استيفاء الدين كاملا، إلا أنه قد يصطدم

بمعارضه من أحد زملائه. ويترتب على هذه الخصوصية، التى أودعها المشرع نص الفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ مدنى، انه اذا انقضى الدين بغير طريق الوفاء بالنسبة لاحد الدائنين، فان من حق غيره ان يعارض فى ذلك، ويترتب على هذه المعارضة الا ينقضى الدين الا بقدر حصة الدائن الذى تحقق من جانبه سبب الانقضاء. وعلى هذا النحو فإذا ابرأ احد الدائنين المدين، أو أجرى معه مقاصة بالدين، او اتحدت ذمته معه، او اكتملت له معه مدة التقادم المسقط للالتزام، او جدد معه الالتزام... اذ احدث شئ من هذا القبيل، فمن حق الدائنين الآخرين ان يعترضوا على نفاذه فى حقهم، وبالتالى لا ينتج سبب الانقضاء أثره إلا بقدر حصة الدائن الذى توافر له سبب الانقضاء على نحو ما سلف ذكره.

غير أن هذا الحكم الأخير يصطدم فى تنفيذه بكون محل الالتزام غير قابل للانقسام، اذا كان هذا الوصف يعود الى طبيعة هذا المحل. إذ لا يتصور بالتالى تجزئة الوفاء به. والحل المنطقى في هذه الحالة هو أن يفى المدين بالمحل كاملا (لتعذر التجزئة) ثم له الرجوع بما يساوى حصة الدائن الذى تحقق فى جانبه سبب الانقضاء.

وأخيرا فلا توجد نيابة تبادلية بين الدائنين فى الالتزام غير القابل للانقسام. وكما لاحظنا، فى شأن تعدد المدينين، لا تقوم هذه النيابة التبادلية، حيث لم يرد بها نص في القانون. غير أن بعض نتائج النيابة التبادلية قد تتحقق بين الدائنين المتعددين، ولكن تحققها لا يعود الى فكرة نيابة غير قائمة انما يعود الى حتمية عدم الانقسام وما تفرضه مقتضيات طبيعته. ولذلك يختلف حكم ما يعرض لرابطة الالتزام باختلاف الاحوال:

١ - **بالنسبة لانقطاع التقادم ووقفه**، فان هذين العارضين يفيدا الدائنين ويستفيدوا به اذا ما قام بالإجراء أحدهم، على نحو يعتبر الانقطاع، وكذلك الوقف، قائما بالنسبة للجميع، ويعود هذا الحكم إلى مفهوم عدم التجزئة الذى لا يتصور معه - مع وحده المحل وعدم قابليته للتجزئة - ان ينقطع، أو يقف، تقادمه بالنسبة لدائن دون غيره.

٢ - **اذا صدر حكم قضائى لصالح أحد الدائنين**، استفاد منه غيره. كذلك يحتج على سائر الدائنين بكل حكم يصدر ضد أحد الدائنين، وكل ذلك نزولا على مفهوم عدم القابلية للانقسام. غير أن هذا الأمر مشروط بداهة بأن يكون الحكم القضائى الصادر ضد، أو لصالح، أحد الدائنين، يتصل بأصل المديونية من اساسها، أما اذا كان الحكم قد صدر على سند يختص به الدائن المحكوم له، او ضده، وحده، فان أثره لا يتعداه الى غيره.

ويتصل بالحكم القضائى ما قد يعرض من صلح او اقرار وما قد يوجه من يمين.

وبالنسبة **للصلح** اذا تصالح أحد الدائنين مع المدين، فان هذا الصلح إن تضمن نفعا فلا يسرى اثره على الآخرين عملا بنسبيه أثر العقود، ما لم يشترط الدائن المتصالح لمصلحتهم، ومن باب اولى لا يضارون بالصلح إن كان ضاراً.

أما **الاقرار**، فإن صدر من دائن لمصلحة المدين، فحجيته مقصورة على المقر وحده. وان كان اقرارا من المدين لاحد الدائنين استفاد به الجميع، اذا كان متصلا باصل الدين غير القابل للانقسام.

وبالنسبة **لليمين** فاذا وجهها المدين إلى احد الدائنين فحلفها، استفاد سائر الدائنين، طالما أن اليمين تتعلق بنزاع حول وجود الدين ذاته أو مقداره أو

ملحقاته، وذلك نزولا على مفهوم عدم القابلية للانقسام. أما اذا نكل الدائن عن اليمين فأثر نكوله مقصور عليه، لان النكول بمثابة إقرار ذى حجية قاصرة. وكذلك الحال لو كان توجيه اليمين من أحد الدائنين الى المدين، فاذا حلف فلا يضار سائر الدائنين من حلفه، واذا نكل، وكانت اليمين متعلقة بالنزاع حول وجود الدين.. استفاد من نكوله سائر الدائنين.

٣ - وبذات المنطق السابق يكون الحكم فى اثر **الاعذار والمطالبة القضائية**، فإذا اعذر احد الدائنين المدين أو وجه اليه مطالبه قضائية.. وكان ذلك متصلا باستحقاق الدين، فان نتائج أى من هذين الاجراءين ينصرف الى الجميع. ونعتقد ان هذا الحل يقوم على سند عدم القابلية للانقسام، ولا يتعارض مع القول بعدم وجود نيابة تبادلية بين الدائنين، خاصة وان أهم نتائج عدم القابلية للانقسام تبدو فى المطالبة بالالتزام وكيفية الوفاء به او استيفائه. ولا شك أن الاعذار، وكذلك المطالبة القضائية، يتصلا حتما بالوفاء بالدين.[١]

المطلب الثالث

احكام الرجوع بين الدائنين

١٠٤ - اذا تولى احد الدائنين استيفاء الدين غير القابل للانقسام، فان لكل من الآخرين حق الرجوع عليه. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣٠٢/ ٢ مدنى: «ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام، **كل بقدر حصته**».

---

(١) راجع : عكس ذلك الأستاذ السنهورى الذى يرى أن الاعذار، أو المطالبة القضائية ،لا ينتج اثرا بالنسبة لباقى الدائنين، رغم قيام احدهم به لان عدم القابلية للانقسام لا تقتضى ذلك حتما، (جزء ٣ رقم ٢٦٦).

وتطبق فى تحديد الحصص، ذات الاسس العامة السالف عرضها عند بسط أحكام تعدد المدينين، بما مؤداه ان الاصل هو توزيع الحصص بالتساوى، ما لم يوجد اتفاق او نص يقضي بخلاف ذلك، وهو ما يفترض ان كل الدائنين شركاء في الدين بهذه الحصص. غير ان هذا الفرض قد يخفى تحته حقيقه أخرى يكون فيها صاحب الحق دائنا واحدا فقط بين الدائنين المتعددين، فى حين ان الباقين ما هم الا وكلاء بالقبض فى علاقتهم الحقيقية بالدائن الحقيقى الوحيد. وفي هذه الحالة الاخيرة لا يخرج الامر عن أحد إحتمالين : **الأول** ان يستوفى الدين صاحبه الحقيقي، وهنا لا رجوع لاحد عليه. الاحتمال **الثانى** هو ان يستوف الدين احد الدائنين الظاهرين، وفى هذه الحالة على هذا الاخير ان يرد الحق الى صاحبه دون سواه.

ولكن يلاحظ انه **فى فرض التعدد الحقيقى فان رجوع كل دائن بقدر حصته يتحدد بطبيعة المحل من حيث عدم قابليته للانقسام بطبيعته ام بحسب الاتفاق فحسب**. وفي الحالة الاولى ينقسم الدين حصصا بين الدائنين بحسب **قيمة كل حصة** وليس فى صورة حصص عينيه. أما اذا كان الدين قابلا للانقسام بطبيعته (وغير قابل للانقسام بالاتفاق فحسب)، فان توزيع الحصص يكون توزيعا عينيا، اذ لا يتعارض هذا التوزيع مع طبيعه محل الالتزام.

واخيرا قد يستوفى احد الدائنين الدين كله ثم يعسر كليا او جزئيا، وفى هذه الحالة يتحمل باقى الدائنين عبء الاعسار، حيث توزع حصه المعسر عليهم كل بنسبة حصته الى الحصص الاخرى. ويطبق ذات هذا الحكم لو ان المدين ذاته هو الذى اعسر. اذ يتحمل كل دائن بقدر حصته فى غرم إعسار المدين، اذا كان إعسارا جزئياً، ويتحمل الجميع كامل الغرم اذا كان إعسار المدين إعساراً كليا.

القسم الثانى

انتقال الالتـــزام

١٠٥- كانت رابطة الالتزام، فى القانون الرومانى القديم، تعبر عن رابطة شخصية وشكلية، وبالتالى لا تقبل الانتقال سواء فى جانبها الايجابى، الحق الشخصى، أو فى جانبها السلبى، الالتزام. غير أن إمتناع هذا الانتقال بدأ يتلاشى شيئا فشيئا. وبدأ الامر بالقول بانتقال الالتزام بسبب الوفاة، باعتبار الوارث خلفا عاما لمورثه، وعلى سند تبرير ذلك باستمرار شخصية المتوفى فى شخص وارثه. يستوى فى ذلك الانتقال فى الجانب الايجابى (الحقوق) أو فى الجانب السلبى (الالتزامات). ويستبعد من هذا الحكم أن يكون الحق أو الالتزام مرتبا لمدى الحياة فحسب. أما الانتقال فيما بين الاحياء، فكان يصعب تصوره، فى ظل المفهوم الشخصى لرابطة الالتزام، الذى لا يسمح بانتقال الالتزام من دائن إلى آخر، أو من مدين إلى آخر.

لذلك حاول هذا القانون ان يختلق بعض الوسائل للوصول الى تحقيق بعض صور الانتقال بتغيير الدائن أو بتغيير المدين. ومن هذه الوسائل استخدام وسيلة تجديد الالتزام بتغيير أحد اطرافه، أى **التجديد بتغيير الدائن**، أو التجديد بتغيير المدين. وكان مؤدى هذا التجديد أن الالتزام القديم ينقضى ويحل محله التزام جديد، حيث يختلف الثانى عن الأول فى مقوماته وخصائصه وضماناته. وقد اضيفت إلى هذه الوسيلة (تجديد الالتزام) وسيلة اخرى وهى أن يعطى الدائن، الذى يريد تحويل حق إلى غيره، **توكيلا لهذا الغير بقبض الدين من المدين**، ولان هذا التوكيل كان يحرر لمصلحة الوكيل، وليس الاصيل، فان الأول لم يكن ملزما بأن يقدم حسابا للثانى.

وقد حاول الفقيه جستنيان أن يرشّد هذه الوسائل، فتقرر أن من حق

الوكيل أن يقبض الحق من المدين دون حاجة إلى رضائه. غير أن هذه الوسيلة كان يعيبها أن للموكل أن يعزل الوكيل فى أى وقت، وفقا لقواعد الوكالة، وهو ما يهدد المتنازل له (أى المحال) ويجعله فى مركز قلق وغير آمن حتى حلول وقت قبض الدين. ثم تحسن وضع الحوالة في عصر الامبراطور -Gor dien حيث تقرر ان عزل الوكيل (المحال له الحق) لا يجوز إذا كان قد اعلن المدين بالحوالة، أو إذا كان المدين قد قبلها.

وعلى هذا النحو، فان المُحَال إذا أعلن الحوالة للمدين، أو كان هذا المدين قد قبلها (ولو دون اعلانه) فانها تصبح ملزمة لهذا الاخير ويلتزم بالوفاء بالالتزام للدائن الجديد. وقد ظل هذين الاجرائين حتى يومنا هذا قائمة فى كل من القانونين المصرى والفرنسى كشروط لنفاذ حوالة الحق قبل المدين.

وقد عبَّر هذا التحول، فى القانون الرومانى القديم، عن تحول اقتصادى فرض التخلى عن الطابع الشخصى البحت لرابطة الالتزام، وإحلال طابع عينى لها، على نحو تكون معه هذه الرابطة معبرة ايضا عن علاقة مالية بين ذمتين ماليتين. وبهذا التطور اصبحت رابطة الالتزام تعبر عن الجانبين، جانب الرابطة بين شخصين، هما الدائن والمدين من ناحية، وجانب مالى ينظر فيه إلى الالتزام، والحق المالى المقابل له، باعتبار هذا الحق منقولا معنويا يدخل فى نطاق المعاملات ويقبل التداول بين الاشخاص.

غير أن هذا التطور السابق ظل **مقصوراً، فى القانون الفرنسى، على حوالة الحق من دائن إلى دائن جديد. ولكن هذا القانون لم يصل إلى حد تنظيم حواله الدين** (من المدين الاصلى الى مدين جديد)، حيث ظل مفهومه حبيس غلبه الطابع الشخصى للالتزام (فى جانب شخص المدين) على الطابع المالى، باعتبار ان شخصية المدين، ومدى امانته في التعامل، ومدى قدرته على

سداد الدين، أى يساره، هى إعتبارات ترتبط بالدين وتتوقف عليه قيمته فى التداول. لذلك لا يتصور تغيير شخص المدين الا بتجديد الالتزام بتغيير المدين، وهو ما يقتضى بالضرورة موافقه الدائن، ويؤدى إلى نشأة التزام جديد يختلف عن الالتزام القديم فى أوصافه ومقوماته[١].

ومن هنا اقتصر القانون المدنى الفرنسى على تنظيم حواله الحق دون حوالة الدين. أما القانون المصرى فقد نظم حوالة الحق كما نظم حوالة الدين.

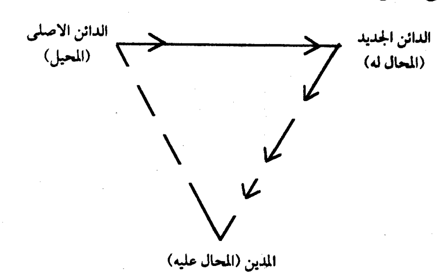
ونعرض فيما يلى لاحكام حوالة الحق فى باب أول ثم لحوالة الدين فى باب ثان.

---

(١) أما الحوالة فينتقل بها الحق بذات مقوماته واوصافه وضماناته، وبالتالى تبقى حوالة الحق افضل من التجديد، ففى التجديد لا تنتقل للالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية. ولا التضامن إلا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون (م ٣٥٨ مدنى).

البـاب الأول
حوالـــة الحـــق

تقوم حـوالة الحق على إستخلاف الدائـن شخصا آخـر يحل محله في رابطة الالتزام قبل المدين، بمعنى أن الحق قد انتقل من الاول إلى الثانى، أى من الدائن الاصلى الى دائن جديد، ويصبـح من حق هذا الاخير أن يطالب المدين بالوفـاء، وعـلى هذه المدين أن يفى له بـه. ويســمى الدائن الاصلى مـحيـلا ويسمى الدائن الجديد محالا له، ويسمى المدين محالا عليه.



ويسـمى طرفا الحـواله، المحيل والمحـال له، الى تحقـيق عمليـة قانونـية تختلف من حالة إلى اخرى. فقد يقصدا البيع، وذلك إذا ما كانت حوالة الحق بمقابل يسـدده المحال له الى المحيل. وتبدو الفـائدة العملية لهذا البـيع إذا كان الالتزام مضـافا إلى أجل لم يحل بعد، فى حين أن الدائن في حاجـة إلى حقه قبل حلول أجله، فيحيل حقه بمقابل، لشخص يقبل أن يحل محله فيه.

وفى **فروض اخرى قد** تتسم حواله الحق بقدر من المضاربة، وذلك حين لا تتوافر لدى الدائن ثقة كـافية فى مدينة وفى استعـداده للوفاء بالدين كاملا،

فيلجأ الدائن إلى حواله حقه لآخر يقبل أن يحل محله فيه بمقابل أقل من قيمته. وفى هذه الحالة الاخيرة يتحمل المحال له مخاطرة عدم استيفاء الدين كاملا في مقابل ما حصل عليه من تخفيض فى قيمته الاسمية، وإن كان يأمل فى الا يفوته شئ من قيمته، لانه، مثلا، أكثر قدرة، أو تفرغاً، أو مهارة، على استيفاء كامل القيمة.

وفى فرض آخير قد يقصدا الهبة، حين يعرض المحيل الحق على المحال له بغير مقابل، فيقبل هذا الأخير هذه الهبة. وقد يكون الغرض هو وفاء المحيل بدين فى ذمته للمحال له. كما قد يقصد بالحوالة، فى بعض الحالات، مجرد رهن الحق المحال به ضمانا لوفاء المحيل بدين فى ذمته. ويتوقف تكييف عملية الحوالة، بالتالى، على طبيعة العملية القانونية التى تمت من منظور الغرض الذى هدف اليه كل من المحيل والمحال له، بمعنى هل تضمنت بيعا أو أو هبة أو رهنا أو وفاء بدين، وفقا لتحقق فرض من الفروض السالف ذكرها. وتختلف الاحكام القانونية الواجبة التطبيق، بطبيعة الحال، باختلاف تكييف الحوالة ذاتها، وعلى قاضى الموضوع أن يكيف العلاقة بين طرفيها وفق مضمون الاتفاق وشروطه، وفي ضوء الارادة الحقيقية لكل منهما (المحيل والمحال له)، ثم يطبق الاحكام القانونية الخاصة بما انتهى إليه من تكييف، وقد أوضحت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى هذه المعان السابقة بقولها: أن الحوالة قد تتم فى مقابل مبلغ من المال يؤدى بوصفة ثمنا وأن تتوافر فيها **مقومات البيع** من هذا الوجه، إلا أنها قد تنعقد أحيانا للاعتياض فتكون **وفاء بمقابل**، وقد ينتفى فيها المقابل وتكون **هبة**. وقد يقع أن يقصد منها إلى مجرد **انشاء تأمين خاص**، وفى هذه الحالة تنشئ للمحال رهنا، ولا يترتب عليها نقل الملك فى الحق المحال به. ومرجع الحكم فى كل أولئك إلى نية المتعاقدين».

غير أن المشـرع فى تنظيمه لحواله الحق انما نظم فـقط أحكام الحوالة فى ذاتها من حيث القواعد التى تحكمهـا سواء فى انعقادها وشروط هذا الانعقاد، وكذلك أحكام نفاذها فـى مواجهة المدين (المحال عليـه)، سواء فى بيان الآثار التى تترتب عليها فى الـعلاقة الثلاثية لاطرافها الثـلاثة، وكذلك اثرها بالنسبة للغير.

ولذلك فان المشـرع، فى هذا التنظيم المشار اليـه، لم يورد احكاما عـامة تتعلق بسبب انتقال الحق بالحوالة أو تترتب على تكييفه من حيث كونه بيعا أو هبة أو رهنا...الخ، فمكان هـذه الاحكام فى موضعها الطبـيعى ضمن احكام البيع أو الهبة أو الرهن...الخ.

ويترتب على هذا المنطق السـابق أن دراسة أحكام الحوالة تقتـصر على عرض قواعد ابرام الحوالة ونفاذها، ثم التعرض بعد ذلك لآثارها.

الفصل الأول
إبرام حوالة الحق ونفاذها

المبحث الأول
إبرام الحوالــة

١٠٧ – تتم حوالة الحق باتفاق بين المحيل والمحال له، ولا شأن للمدين فى هذا الاتفاق لانه ليس طرفا فيه، اذ لا مصلحة له فى أن يفى لدائن معين أو لغيره ممـن يحال له الحق. وقد نصت المادة ٣٠٣ مدنى على هذا المعنـى الاخير صراحـة حين قـررت «يجوز للدائن أن يحـوّل حقـه الى شخص آخـر. وتتم الحوالة **دون حاجة إلى رضاء المدين**»[1].

وعلى هذا النحو فان حوالة الحق تتم باتفاق طرفيها، الدائن والمحال له، وهذا الاتفاق يخضع لقاعدة الرضائية فى العقود، إذ لا حاجة، فى ابرامه، إلى صبِّه فى شكل خاص.

وعقد الحوالة هو كأى عقد يتم بتوافر اركانه : الرضا والمحل والسبب، وتوافـر شروط صـحة الرضـاء، شأنه فـى كل ذلك شأن أى عـقد يبـرم وفقـا للقواعد العامة في نظرية الالتزام.

وفيما يتعلق **باثبات الحوالة** فـهى تخضع ايضـا لاحكام اثبات الالتـزام خـاصة مـا يتعلق مـنها بضـرورة وجود دليل كـتـابى اذا تجاوزت قـيمـة الحق خمـسمـائة جنيه. مع مـلاحظة أن تطبيق قـاعدة نصـاب الاثبات بالكتـابة قد تختلف باختـلاف الثمن المسمى للحق عن الثمن الذي تم به بيعـه. فاذا كانت كل من القيمـتين تتجاوز خمـسمائة جنيه، وجب الالتـزام بالدليل الكتابى فى

(١) ولكن رابطة الالتزام الاصليـة بين الدائن والمدين قد تتضـمن شرطا بعدم جـواز حوالة الحق إلى غير الدائن الاصلى، وفى هذه الحالة يكون الشرط مشروعا ويجب احترامه.

الاثبات. أما اذا كانت القيمة الاسمية اكثر من خمسمائة جنيه وبيع الحق للمحال له بخمسمائة جنيه أو أقل (كما فى فرض المضاربة السابق الاشارة اليه) فان المحيل يستطيع اثبات إلتزام المحال له بالثمن بالبينة والقرائن، لان قيمة الالتزام فى ذمة المحال له تدخل فى نصاب البينة، ولكن المحال له لا يستطيع اثبات التزام المحيل، بنقل الحق اليه، الا بالكتابة، أو بما يقوم مقامها، لان قيمة الحق فى هذا الجانب تجاوزت نصاب الاثبات بالبينة.

الحقوق التى تصلح محلا للحوالة :

١٠٨- ترد الحوالة على **جميع الحقوق الشخصية**. فأى حق شخصى يجوز للدائن به ان يحيله إلى غيره. يستوى فى ذلك أن يكون التزام المدين بمبلغ من النقود، أو أن يكون شيئا آخر مثليا. كما تتصور الحوالة اذا كان التزام المدين بشئ قيمى، أى بشئ معين بالذات، كما يستوى أن يكون الحق منجزا أو معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل، كما يجوز أن يكون الحق المحال متنازعا عليه. كما يجوز أن يكون الحق تجاريا أو مدنيا، ثابتا في ورقة عرفية أو رسمية أو غير ثابت كتابة.

ولكن يلاحظ أنه لا تجوز الحوالة في الحقوق العينية العقارية، فهذه الحقوق تخضع - فى القانون المصرى - لنظام الشهر والتسجيل، وبالتالى لا تصلح فيها مجرد الحوالة. ومع ذلك فاذا وقف أمر العلاقة بين الدائن والمدين عند حد الحق الشخصى فانه تجوز حوالته، ولو تعلق بعقار. ومثال ذلك أنه يجوز للموعود له ببيع عقار أن يحيل للغير حقه قبل الواعد. كما يجوز لمستأجر العقار أن يحيل لاخر حقه الشخصى قبل المؤجر[1]. لان حق المستأجر هو حق شخصى ولو تعلق بعقار.

---

(١) فى الحالات التى يجيز فيها القانون ذلك

ورغم النطاق الواسـع. والسـالف ذكـره، للحـقـوق التي يمكن أن ترد عليـها حـوالة الحق، إلا أن هناك حالات لا تجـوز فيـها حـوالة الحق لاسبـاب واعتبارات مختلفة ونعرض لهذه الحالات فيما يلي :-

١ - امتناع الحوالة بسبب طبيعة الحق :

١٠٨- ذلك أن بعض الحقوق تتصل اتصالا وثيقا بشـخصية صاحبها، على نحو لا تجـوز معـها حوالتـها للغـير. ومن ذلك حق المضرور فـي المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي، طالما أن الدائـن لم يطالب به قضاء، أو لم يتفق عليـه رضاء مع المدين (راجع المادة ٢٢٢/ ١ مـدني). وكـذلك الحق في نفقـه الزوجيـة أو نفقه الاقارب، وحق الشـريك في شركات الاشـخاص. ويندرج تحت هذا البند كل حق كانت فـيه شخـصية الدائن محل اعـتبار، في مقـصود طرفي رابطة الالتزام، اتفاقا أو قانونا.

٢ - امتناع حوالة الحقوق بنص القانون أو لانها غير القابلة للحجز :

١٠٩- يقدر المشرع أهميـة بعض الحقوق بالنسبة لاصحـابها، وخاصة تلك التي يمثل الحـصول عليـها طابعـا حيـويا بالنسبـة للدائن. ولذلك يعـمد المشرع إلى حـمايتها حـماية مشددة. ومن مظـاهرها عدم قابلية الحق للحـجز عليه[١]، فاذا ما تقـرر هذا المظهر لحق من الحقوق امـتنع على الدائن أن يحيله إلى غيـره. وتطبيقا لهـذا المعنى تنص المادة ٣٠٧ مرافعـات على انه «لا يجوز الحجـز على ما يحكم به القـضاء من المبالغ المقـررة أو المرتبة مـؤقتا للنفـقه أو للصـرف منهـا في غـرض مـعين. ولا على الامـوال الموهوبة أو الموصى بهـا لتكون نفـقة، إلا بقدر الربع وفـاء لدين نفقـة مقـررة». كذلك ما نصـت عليه المادة ٣٠٩ مرافعات: «لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات الا بمقدار الربع، وعند التـزاحم يخصص نـصفـه لوفاء دين النفـقـة المقررة والنصف الآخـر لما

(١) وراجع عموما المواد ٣٠٥ وما بعدها من قانون المرافعات.

عداها من الديون». ففي مثل هذه الحالات السابقة لا تجوز حواله الحق فى حدود ما لا يجوز الحجز عليه. أما الجزء الذى يسمح القانون بالحجز عليه فيجوز حوالته. وقد نصت المادة ٣٠٤ مدنى على هذا الحكم «**لا يجوز حوالة الحق الا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز**».

ومن **ناحية اخرى** هناك حالات **تمتنع فيها الحوالة استنادا الى نصوص قانونية صريحة**، وتستند هذه النصوص، فى منعها الحوالة، إلى أن هذه الحقوق منحت لاصحابها على نحو يتضمن حماية قانونية لهم على خلاف القواعد العامة فى القانون المدنى، والتى تجعل من العقد شريعة المتعاقدين. وهذا هو الحال في منع تنازل المستأجر عن حقه كمستأجر، فى ظل القوانين الحمائية لايجار الاماكن المبنية (ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وق ١٣٦ لسنة ١٩٨١)، وفى ظل قوانين الاصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وتعديلاته والذى انتهى العمل به ابتداء من أول اكتوبر سنة ١٩٩٧ عملا بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢). فالحماية الاستثنائية التى اسبغتها تلك القوانين دفعت المشرع الى منع المستأجر من التنازل عن الايجار لغيره الا موافقة المؤجر أو فى الحالات التى يجيزها القانون[1].

ومن **ناحية ثالثة قد يستند منع الحوالة إلى اسباب تتعلق بالصالح العام وحسن سير العدالة**. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٧١ مدنى من منع القضاه واعضاء النيابة العامة والمحامين وكتبة المحاكم من ان يشتروا باسمائهم ولا باسم مستعار الحقوق المتنازع فيها، كلها أو بعضها، إذ كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التى يباشرون اعمالهم فى دائرتها، وإلا كان

(١) فى حالات عدم تطبيق هذه القوانين الخاصة يعود الامر محكوما بالقواعد المنصوص عليها فى القانون المدنى فى شأن عقد الايجار، ومن ذلك عقود إيجار الاماكن المبنية التى تبرم بعد نفاذ القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ والذى اخضع عقود الايجار الجديدة (ابتداء من تاريخ سريانه) للقانون المدنى. وكذلك ايجار الارض الزراعية بعد العمل بالقانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢.

البيع باطلا. ففي هذا الفرض تقع الحوالة لعمال القضاء باطلة أيضا.

وأخيرا قد تمتنع الحوالة لارتباط الحق بصاحبه، بمعنى أن يكون الحق قد اسند لصاحبه مع مراعاة شخصه تطبق، وتطبيقا لذلك نصت المادة ٦٢٥ مدنى على أنه «لا يجوز في المزارعة ان ينزل المستأجر عن الايجار أو أن يؤجر من الباطن إلا برضاء المؤجر». وهو صريح لأهمية الاعتبار الشخصى فى جانب المستأجر. وكذلك الحال فى حظر حوالة التعويض عن الضرر الادبى فى حدود ضوابط المادة ٢٢٢ مدنى والتى اشرنا لها فى موضع سابق.

ويلاحظ على النصوص، المشار اليها سابقا، والتى تمنع الحوالة، انه تجوز مخالفتها بالاتفاق اذا كانت تحمى مصلحة خاصة، كما هو الحال فى حظر التنازل اذا كانت شخصية الدائن محل اعتبار فى مقصود المتعاقدين.

أما اذا كان حظر الحوالة يستند الى حماية مصلحة عامة فان أى اتفاق مخالف يقع باطلا، كما هو الحال فى عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها.

وفيما عدا النصوص المانعة فان الاصل العام هو جواز التصرف فى الحقوق، بصفة عامة، وبالتالى جواز حوالتها.

١١٠- ولكن **هذا الاصل لا يتعلق بالنظام العام**، اذ يجوز للمدين ان يشترط على الدائن عدم جواز حوالة حقه الى الغير. وهو اتفاق صحيح لا يصطدم باعتبارات تتصل بالنظام العام. ومع ذلك فان المشرع قد يتدخل فى بعض الحالات ليؤكد على مبدأ حرية تداول الحقوق، خاصة حين تتعلق حرية التداول بقطاع يحرص المشرع على تأكيد هذا المبدأ فى التعامل معه. وهو ما ينطبق مثلا على عدم استحسان المشرع لشروط المنع من التصرف فى الحقوق

العينية[1]، وبالتالى عدم اجازة هذه الشروط الا وفق ضوابط وقيود اودعها نص المادة ٨٢٣ من القانون المدنى والتى جرت على أنه «١- اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط، ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو الغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير».

(١) وهو ما يعنى عدم جواز حوالتها.

المبحث الثانى

نفاذ حوالة الحق قِبَل المدين والغير

١١١- أشرنا فيما سبق إلى أن حوالة الحق تنعقد فيما بين الدائن المحيل والمحال له بالتراضى، ولا يحتاج انعقادها إلى شكلية خاصة، اذ تخضع لمبدأ الرضائية فى العقود». وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين (م ٣٠٣ مدنى).

غير أن المشرع **اشترط لنفاذ الحوالة قِبَل المدين والغير** تمام اجراء من اثنين، وهما قبول المدين، أو إعلانه بالحوالة، (م ٣٠٥ مدنى)، حيث جرى نصها على أن «لا تكون الحوالة نافذة قِبَلْ المدين ......

ومفاد ذلك أنه اذا تم احد هذين الامرين (القبول أو الاعلان) فان الحوالة تصبح نافذة في حق المدين والغير، وهو ما يقتضي بيان معنى النفاذ بالنسبة لهما وحدوده القانونية.

أولا - نفاذ الحوالة فى حق المدين:

١١٢- اذا قَبِل المدين الحوالة أو أعلن بها، اصبح يُحَاجُ بها قانونا، بما مؤداه أن يلتزم بالوفاء بالالتزام، عند حلول أجل هذا الالتزام، إلى المحال له، وبأن ينقل اليه الشئ، أو أن يؤدى له العمل أو الامتناع.. محل الالتزام.

واتمام الاجراء اللازم للنفاذ له أهميته للمدين كما للمحال له. فبالنسبة للمدين يصبح ملتزما، منذ النفاذ، بأن يتعامل مع المحال له، دون الدائن السابق (المحيل). أما بالنسبة للمحال له، فانه يصبح منذ النفاذ صاحب الصفة قِبَل المدين، سواء فى المطالبة بالحق، أو فى التنفيذ على المدين اذا امتنع عن الوفاء اختياراً.

ويستوى فى نفاذ الحوالة قبول المدين أو اعلانه بها، غير ان تحقق احدى الحالتين - القبول أو الاعلان - يؤدى الى بعض النتائج التى تختلف عنها فى الاخرى. ذلك ان الاعلان انما يتم - بل يجب ان يتم - بورقة رسمية عن طريق قلم المحضرين، لدى المحكمة الكائن بدائرتها موطن المعلن اليه (المدين)[١]. وبالتالى فان للاعلان، بالضرورة، تاريخا رسميا ثابتا، لا وجه للجدل فيه. أما اذا كانت الحوالة نافذة بقبول المدين، فان هذا القبول لن يكون له بالضرورة تاريخ ثابت، اذ قد يتم شفاهة[٢]. وقد يتم فى ورقة عرفية، وقد يكون صريحاً، أو ضمنيا[٣]. ولذلك فان هذا القبول لا ينتج اثره في مواجهة الغير إلا اذا كان مسطورا فى ورقة مكتوبة لها تاريخ ثابت رسميا[٤]. وهو تحفظ غير وارد فى حالة الاعلان، لانه كما سبق ثابت التاريخ رسميا بطبيعته.

ومن ناحية اخرى فان نفاذ الحوالة، بقبول المدين لها، يقتضى منه فى هذا القبول اذا تصادف ان توافرت له شروط التمسك بالمقاصة قبَل الدائن وان يتحفظ قبل قبوله للحوالة. فاذا قبل بدون تحفظ فلا يجوز له ان يتمسك بتلك المقاصة، ولا يبقى له سوى الرجوع بحقه على المحيل (م ٣٦٨/ ١ مدنى). أما اذا كان نفاذ الحواله باعلانها للمدين، فان حق هذا الاخير يبقى قائما فى التمسك بالمقاصة فى دين له على المحيل (م ٣٦٨/ ٢ مدنى)

---

(١) ولا يغنى عن ذلك أى اجراء آخر ولو كان خطابا مسجلاً بعلم الوصول.
(٣) كأن يفى المدين بجزء من الدين أو فوائده للمحال له.
(٣) وفى هذه الحالة يخضع القبول فى اثباته، للقواعد العامة فى الاثبات.
(٤) وذلك حتى لا يحدث تواطؤ بين المحيل والمحال عليه بتقديم التاريخ العرفى للحوالة إضرارا بالغير.

ثانيا- نفاذ الحوالة في حق الغير :

١١٣ - يختلف نفاذ الحوالة في حق الغير عنه فى حق المدين، حيث لا يحتج على الغير بالحوالة إلا اذا كان نفاذها ثابت التاريخ رسميا، وبالتالي ضرورة ان تكون الحوالة معلنة، او ان يكون قد قبلها المدين فى ورقة ثابتة التاريخ ، بمعنى أن هذا الغير لا يحاج بالحوالة الا منذ نفاذها محمولا على تاريخ ثابت بوجه رسمي. وفي هذا المعنى تقرر المادة ٣٠٥ مدنى «.. **على ان نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ**». فاذا لم يُستوف هذا الاجراء، على هذا النحو السابق، فان الحوالة لا تنفذ فى حق الغير.

الغير المقصود فى هذا المقام ؟

يقصد بالغير فى - نطاق نفاذ حوالة الحق - كل من يضع القانون على عاتقه التزاما نتيجة نفاذ الحوالة، وكذلك كل من اكتسب من المحيل حقا يتعارض مع حق المحال له:

(١) يترتب على المعنى السابق **أن المدين المحال عليه يعتبر غيرا** من زاوية انه يتأثر بنفاذ الحوالة، في معنى التزامه بمقتضى حوالة الحق لغير الدائن الاصلى. وتبدو أهمية هذا التحديد اذا ما لاحظنا ان المشرع يسمح بتمام الحوالة بين عاقديها فى غيبة المدين، اذ انه يجيز ابرامها دون حاجة إلى رضائه (م ٣٠٣ مدنى). وبالتالى فانه يفترض عدم علمه بها، طالما لم يصدر عنه قبول، ولم يتم اعلانه بتمام الحوالة. فاذا ما طالب المحال له المحال عليه بالدين، قبل حدوث أى اجراء مما سبق، فان للمدين ان يرفض الوفاء دون ادنى مسئولية عليه، متحصنا في ذلك بالاعتذار بالجهل بالحوالة. كذلك، ولذات السبب، فإن وفاء المدين للدائن لا مطعن عليه من جانب من يدعى انه محال له. فالوفاء صحيح ويحتج به على هذا الاخير. ولكن هل يطبق الحكم

السابق لو ثبت ان المدين كان يعلم حقيقة أن الحق قد تمت حوالته لدائن جديد؟

كانت المادة ٤٣٢ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على أنه «... ومع ذلك لا تبرأ ذمة المدين بهذا الوفاء (الوفاء للمحيل) اذا اثبت الدائن المحال له أن المدين كان يعلم وقت الوفاء بصدور الحوالة». وكان ذلك جريا على القول بأن «علم المدين بحوالة لم يعلن بها ولم يقبلها يجعل وفاءه للمحيل فاسدا، وفقا لما هو مأثور من ان كل ما يترتب على الغش فاسد. وكذلك الشأن فى المحال له الثانى اذا تواطأ مع المحيل وعمد إلى التعدى على حق المحال له الاول، فحوالته هذه تعتبر باطله وتنفذ فى حقه الحوالة الأولى..». غير أن مشروع النص المشار اليه حذف فى لجنة المراجعة لانه يتضمن حكما تفصيليا رؤى الاكتفاء فيه بتطبيق القواعد العامة(١).

وبناء على ما سبق فان القاعدة العامة هى ضرورة الاعتداد فى نفاذ الحوالة بالاعلان، أو بقبول المدين، أما مجرد العلم الفعلى بأى طريق آخر فلا قيمة له من حيث المبدأ. ولكن **اذا ثبت الغش أو التواطؤ** من جانب المدين الذى وصل اليه علم مؤكد بالحوالة، فان ذلك يفسد وفاءه لغير المحال له، وتبقى ذمته مشغوله بالالتزام فى مواجهة المحال له الذى قصد هذا المدين الى الاضرار به. وهو تطبيق لقاعدة ان الغش يفسد التصرفات(٢).

غير أن هذا الاستثناء الاخير، والخاص بالغش، لا يطبق سوى فى مواجهة المدين المحال عليه، وبالتالى فهو لا ينطبق على غيره من طائفة

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية -٣- ص ١٣٨ هامش ١.

(٢) اخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المنطق منذ وقت بعيد: نقض مدنى ٢٤ مارس ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣-١- ١٦٥).

الاغيار، التى سيرد ذكرها فيما يلى، والتى لا يحتج عليها بنفاذ الحوالة الا من تاريخ الاعلان الرسمى أو القبول ثابت التاريخ.

(٢) المحال له الثانى: قد يحيل الدائن حقه إلى اكثر من شخص فى ذات الوقت، وفى هذه الحالة يحدث تزاحم بين المحال لهم على استيفاء الدين من المحال عليه، ولان كل من المحال لهم يعد غيرا فان العبرة هى باسبقية اعلان الحوالة رسميا (أو قبولها قبولا ثابت التاريخ). فالاسبق منهم فى النفاذ هو الأحق فى استيفاء الدين، وبالتالى فان المدين الذي يتلقى مثلا اكثر من اعلان بالحوالة من اكثر من شخص، عليه ان يلتزم بالوفاء لصاحب الاعلان الاسبق.

ولا وجه للحديث فى هذه الحالة عن **نظرية الغش** السالف عرضها، والتى **لاتنطبق - كما سبقت الاشارة - الا على تصرفات المدين المحال اليه**. وبالتالى فلو أن محالا له قد حصل **على قبول المدين فى ورقة غير ثابتة التاريخ** رسميا، وعندما علم محال له آخر بالامر، سارع باعلان المدين رسميا بحوالته، فان هذا الاخير يصبح الأحق بالدين، ولا وجه لنسبة غش اليه، اذ انه لم يفعل سوى المسارعة فى الحفاظ على حقه، والمسارعة باستيفائه قبل غيره.

(٣) دائنوا المحيل : قد يكون المحيل مدينا، وبالتالى فان الحق المحال به يمثل رصيدا فى الجانب الايجابى لذمته المالية، وجزءا، بالتالى، من ضمانه العام تتعلق به حقوق دائنيه، ويجوز لهؤلاء الدائنين ان يوقعوا على هذا الحق حجزاً تحفظيا لدى مدين المحيل، وهو حجز ما للمدين لدى الغير. ولان هذا النوع من الحجز يتم باجراءات رسمية، على يد قلم المحضرين، فان التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز يتم فضه من خلال **الاسبقية الرسمية فى إعلان الحوالة أو اعلان المدين بالحجز تحت يده**. ويترتب على ذلك ان الحجز لو تم

بعـد اعلان الحوالة فـانه يقع باطلا لوروده على مـال لم يعد ملكـا للمحـجوز عليه. أما اذا حدث العكس بان جاء الحجز أولا ثم تلته الحوالة، فان الحوالة لا تكون باطلة، لان المحـال لـه يصـبح دائنا عـاديا شـأنه شـأن الدائن الحـاجـز، ويتدخل بهذه الصفة الاخيرة فى اجراءات الحجز والبيع، ويقتسم مع غيره من الدائنين الآخرين اموال المدين قـسمة الغرماء اذا تبين عدم كفـاية امواله للوفاء بكامل ديونه.

ومـثـال ذلك ان يـكون الدين المحـال بمبلغ ١٢٠٠٠ جنيـه، قـام احـد الدائنين (أ) بالحـجز على هذا الدين بمـبلغ ٦٠٠٠ جنيه واعلن المدين رسـميـا بهذا الحجز، أعقب ذلـك ان اعلن المدين بحوالة حق(١٢٠٠٠) جنيه لشخص آخر (ب) باعلان رسـمى لاحق لاعلان الحجز. فى هذه الحالة يعتـبر المحال له دائنا للمحيل بمقدار الحق ويشترك مع الدائن الحـاجز فى قسمة الحق المحال به قسمة غـرماء فيحصل الحاجز على مبلـغ ٤٠٠٠ جنيه ويحصل المحال له على ٨٠٠٠ جنيه.

كما أن صعوبة أخرى قد تثور اذا تم توقيع حجز على الحق المحال (أ)، ثم تمت حـوالته (ب) ثـم، وفى وقت لاحق، تم توقيع حـجـز ثان (جـ) على التعـاقب رسمـيا من حيث الوقت بـين الثلاثة. فى هذا الفرض يـختلف الحل جزئيا عن الحل السابق عرضه، وذلك على اساس **أن الدائن الحاجز (أ) يقتسم قسـمة غرمـاء مع المحال له** (ب) التـالى له في النفـاذ، باعـتبـار ان المحـال له اللاحق للحجـز يعد دائنا عاديا شـأنه شأن الدائن الحاجـز، وهو الحل السـالف عرضه. **أما بالنـسبة للحـاجز الذى اوقع حـجزاً بعـد نفاذ الحـوالة (ج) فانه لا يستطيع مزاحمة المحال له لان الحجز تم بعد نفاذ الحوالة أى بعد ان خرج المال من ذمة المحيل، ولكنه - أى الحاجـز الاخير- يزاحم الدائن الحاجز الأول** لان

كلا منهما دائن عادى، أى ان (ب) يستبعد (ج١) من مزاحمته هو ولكنه لا يستبعده من مزاحمة (أ) الذى هو و (جـ) دائنون على قدم المساواة فيقتسما نصيب (أ) كل بنسبة حقه الى حق الاخر. ويسمى هذا الفرض الاخير : الحوالة بين حجزين، وقد نصت على هذا الحكم السابق المادة ٣١٤/ ٢ مدنى: «..فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على ان يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة». وينتقد الاستاذ السنهورى هذا الحل ويرى انه كان ينبغى الا يزاحم الحاجز المتأخر، وحجزه باطل، الحاجز المتقدم وحجزه وحده هو الصحيح[1].

٤ - الدائن المرتهن للحق المحال به :

قد يرهن الدائن (المحيل) حقه قبل المدين رهنا حيازيا. فالحق، في صدد الرهن، شأنه شأن أى مال منقول آخر. غير ان نفاذ رهن الدين يخضع للقواعد الواردة فى المادة ١١٢٣ وما بعدها من القانون المدنى. فقد نصت المادة المذكورة في فقرتها الاولى على **ان لا يكون رهن الدين نافذا في حق المدين الا باعلان هذا الرهن اليه او بقبوله له وفقا للمادة ٣٠٥ مدنى** (أى قبولا ثابت التاريخ) واضافت الفقرة الثانية من ذات المادة ١١٢٣ مدنى «**ولا يكون نافذا فى حق الغير الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون**، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان او القبول».

وحاصل ذلك ان الامر، فى فض التزاحم، بين الدائن المرتهن للحق المحال به وغيره، يتحدد اساسا باسبقية الاعلان الرسمى».

---

(١) السنهورى، جزء ٣ - رقم ٣٠٥.

اجراءات خاصة فى حوالة الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية :

١١٢- اشرنا فيما سبق إلى أن الحوالة، ترد، من حيث المبدأ، على جميع الحقوق، سواء كان الحق ثابتا في مستند، أو كان الادعاء به لا يستند الى دليل كتابى. وفى هذه الحالة الاخيرة تدور المسألة أولا فى نطاق اثبات الحق، أى اقامة الدليل عليه. وهو ما يعود الى القول بأن هناك فرقا بين وجود الحق وتوافر دليل اثباته.

فالاصل فى الانسان براءة الذمة، وعلى من يدعى حقا له قبل آخر أن يقيم الدليل على ما يدعيه، وهو ما عبرت عنه المادة الاولى من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بأن «على الدائن اثبات الالتزام..». **لذلك تجب التفرقة دائما بين الحق، او الالتزام، ووسيلة اثباته،** خاصة حيث تكون هذه الوسيلة سندا كتابيا. فهذا السند هو مجرد وسيلة للاثبات. وقد يكون السند باطلا والالتزام صحيحا، وقد يحدث العكس حين يكون السند صحيحا ولكنه يحوى التزاما باطلا. غير ان بعض الصور العملية تعكس حالات يختلط فيها الحديث عن الحق بالحديث عن السند الذى يحتويه، رغم الفارق الشاسع بينهما، كما سبقت الاشارة. ويبدو هذا الخلط فى الاوراق التجارية، وهى الشيك- والكمبيالة والسند الاذنى. فاداة اثبات الحق وهو الصك (الورقة التجارية) هى وسيلة تداول الحق فى التعامل الجارى بين الاشخاص، وهو امر بالغ الاهمية في القانون التجارى والمعاملات التجارية، اذ يحقق سهولة فى التعامل وسرعة فى تداول الحقوق المشار اليها، كما لو كانت تلك الصكوك نقودا حقيقية. لذلك كان لزاما ان يكون تداول هذه الاوراق التجارية بطريقة خاصة تسمح بحوالتها بسهوله وفق اجراءات تنظمها القوانين التجارية.

فمن هذه الاوراق ما يكون **سندا لحامله**، أى تُصرف قيمته لحامل الصك، دون ذكر لاسم المستفيد، اذ يتضمن هذا الصك تعهدا من المدين بدفع القيمة للحامل، أى لحائز الصك الذى يتقدم لاستيفاء الدين، حيث يفترض ان هذا الحامل هو الدائن بقيمه السند، وعلى هذا النحو فان حوالة الحق وهذا السند تتم بالمناولة المادية، وتنفذ دائما فى حق المدين بهذه المناولة دون حاجة لاى اعلان أو قبول أو أى اجراء آخر.

ومن الأوراق التجارية ما يكون اسميا، أى محررا من مدين لدائن محدد باسمه. ومنها الاسهم والسندات والتى تحرر لاسم المستفيد منهما. وفى هذا النوع الثانى تنعقد الحوالة بقيد الحوالة فى الدفتر المخصص لذلك لدى المدين (الشركة أو الدولة بحسب الاحوال)، وغالبا ما تصدر هذه الاسهم والسندات عن شخص اعتبارى كالشركات او الدولة. وغالبا ما يصاحب الحوالة قيام المدين بتسليم الدائن شهادة بالقيد الذى تم اجراؤه لمصلحته. ذلك أن شخصية الدائن وتحديدها تبدو هامة فى هذا النوع من الصكوك.

ومن هذه الأوراق -أخيرا - ما يكون لأمر، أو لإذن، المستفيد منها، وتشمل الشيك الاذنى، والكمبيالة الأذنية، والسند الاذنى، كما يشمل كل وثيقة تحرر لامر- أى لإذن- المستفيد منها، مثل بوليصة الشحن أو التخزين، وبوليصة التأمين.

ومعنى أن الورقة لاذن المستفيد، أو لأمره، ان مشمولها أو قيمتها يتم الوفاء به. إما للمستفيد أو لمن يأمر له. ويكون هذا الامر فى شكل خاص هو ما يسمى التظهير، ويتم هذا التظهير بأن يضع المستفيد توقيعه على ظهر

الشيك الأذنى أو السند الاذنى أو الكمبيالة الاذنية، أو غيره من السندات الاذنية فإذا تم التظهير تمت حواله الحق إلى المظهر له، وفقا للقواعد التفصيلية التى نظمتها قواعد قانون التجارة[1].

عدم نفاذ الحوالة لا يمنع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية :

١١٥- للمحال حتى قبل نفاذ الحوالة قبل المدين أن يتخذ كافة الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه (م ٣٠٦ مدنى). ومن ذلك ان يتخذ اجراء لقطع التقادم المسقط للالتزام، أو أن يبادر بتجديد قيد رهن رسمى ضامن للحق، قبل اكتمال مدة العشر سنوات التى يتعين ان يجرى تجديد قيد الرهن خلالها. وبصفة عامة للمحال له أن يتخذ أى اجراءات تحفظية يراها لازمة للمحافظة على الحق المحال، ومنها توقيع حجز تحفظى على الحق المحال به تحت يد المدين.

---

(١) يلاحظ ان القانون المدنى قد يخضع نفاذ حواله بعض الحقوق لقيود وضوابط اضافية غير ما ورد فى المادة ٣٠٥ مدنى، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٠٤٦/ ٢ من القانون المدنى فى شأن حوالة الاجرة مقدما لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات، وانها لا تنفذ فيما يزيد عن هذه المدة فى حق الدائن المرتهن للعقار المؤجر الا اذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن، والا خفضت المدة الى ثلاث سنوات، ولا تنفذ حوالة الاجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات في حق الدائن المرتهن أيضا الا اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ١٠٤٦/ ١ مدنى).

الفصل الثانى

آثار حوالة الحـق

١١٦- تستـهدف الحـوالة نقل الحق المحال الى المحـال له، وهى، على هذا النحو تتم، كمـا سبقت الاشارة، باتفاق بـين هذين الطرفين، دون اشتراط رضاء المدين بها. لذلك فـان اهم أثر من آثار حوالة الحق هو نقل هذا الحق من المحيـل الى المحاله له. غـير أن الحوالـة وإن كانت تنعـقد بين طرفـيها بمـجرد اتفاقهما عليها الا انها تمتد بآثارها لتـشمل المدين المحال عليه، كما قد يتأثر بها الغير، أى غير الاطراف الثلاثة المذكورين.

ويترتب على ذلك أن آثار الحـوالة تدور فى فلك محاور علاقـة المحيل بالمحـال له، وعلاقـة المحال لـه بالمحال عليـه، وعلاقـة المحـيل بالمحال عليـه. وأخـيرا عـلاقة المحـال له والغيـر. ونعرض لهـذه الآثار من خلال مـبحـثين، نخصص الأول منهما للعلاقة بين المحيل والمحال له، ونخصص الثانى للعلاقة بين المحال له والمحال عليه.

المبحث الأول

آثار حوالة الحق فى علاقة المحيل بالمحال له

١١٧- ينتقل الحق بالحوالة من المحيل الى المحال له، وهذا هو الاثر الرئيسى للاتفاق بينهما. وهو ينتقل بمجرد الاتفاق باعتبار ان إتمام هذا الاتفاق لا يقتضى شكلية معينة. والحق المحال هو ذاته موضوع الالتزام الاصلى، لا يطرأ عليه تغيير. فحوالة الحق هى مجرد تغيير لشخص الدائن الاصلى ليحل محله دائن جديد هو المحال له. وهو ما يميز الحوالة عن الانابة فى الوفاء، بتغيير الدائن، حيث تقترن الانابة بتجديد الالتزام ليحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم.

ومؤدى تمام الحوالة بين طرفيها بمجرد الاتفاق عليها، بالمعنى السابق، أن المحال له يستطيع أن يطالب المدين بالدين، اذا كان قد حل اجله، وهو يطالب بذات الدين كاملا، وليس بالثمن الذى دفعه مقابلا لحوالة الحق، وهو ما يميز الحوالة عن الحلول الشخصى. ففى الحلول ليس لمن حل محل الدائن الا أن يطالب بما سدده فقط. ولان الحق المحال هو ذات الحق الاصلى فان الحوالة تشمل هذا الحق بذات وصفه، مدنيا كان أو تجاريا. كما تشمل ملحقاته من تأمينات ضامنة للوفاء به، سواء كانت تأمينات شخصية أو عينية.

وأيضا ينتقل الحق الى المحال اليه بفوائده إذا كان منتجا للفوائد، وكذلك بما يعتوره من عيوب او يرد عليه من دفوع.

كل ذلك فى علاقة المحيل بالمحال. **أما بالنسبة للمدين** فان الحوالة لا

تنفذ فى حقه الا من وقت قبوله لها، او اعـلانه بها رسميا، وكذلك لا تنفذ فى حق الغير الا من وقت الاعـلان او القبول ثابت التاريخ. وقـد سبق ان عرضنا لذلك.

واخيرا يلتزم المحيل بضمان الحق المحال فى حدود تقتضيها طبيعة عقد الحوالة وتكييفه.

ونعرض فيمـا يلى للامور الثلاث السابقة، وهى: انتقـال الحق للمحال له بحـالتـه، والتـزام المحـيل بالضـمـان، واحكام الرجـوع اذا تحـقق مـوجب الضمان.

المطلب الأول

انتقال الحق المحال بحالتـه

١١٨- يلتـزم المحيل بنقل الحق إلى المحـال له، وهو ما يتـحقق تنفـيذه بمجرد تمام الاتفـاق بين طرفيـها، وقبـل أن تكون نافذة فى حق المدين والغـير. ويقتـضى التزام المحيل ايضـا أن يسلم للمحال له الأوراق والسندات المتـعلقة بالحق واثباته.

وينتـقل الحق للمحـال له بكامل قـيمـتـه، مادام أن الدائن لم يكن قـد أستـوفى منه شيـئاً. كمـا ينتقل الحق بمزاياه. بمعنى أنه يظل بـحالته. فـاذا كان مضمـونا برهن رسمى، أو حيازى، أو غيـره، استمر على حـالته، وكذلك لو كان مـضمونا بكفـالة. ففى مثل هـذه الحالات يستـفيد الدائن المحـال له بهذه الضمانات. وقـد صاغت المادة ٣٠٧ هذه القاعدة مقـررة: «تشمل حوالة الحق ضماناته. لكفالة والامتياز والرهن».

ومن ناحية اخرى ينتقل مع الحق الدعاوى التى تحميه باعتبارها من توابعه، ومن هذا القبيل دعوى الفسخ لعدم الوفاء بالثمن، اذ انها فى البيع، مثلا، تحمى البائع بأن تخوله حق استرداد الشئ المبيع، عند عدم وفاء المشترى بالثمن. ولكن الدعاوى التى تهدد سند الحق بالابطال (البطلان النسبى)، لا تصاحب الحق لانها تتعارض مع تأكيد وجوده، ومن ذلك دعوى الابطال لوجود عيب من عيوب الارادة (لدى الدائن المحيل) لان الحوالة في هذه الحالة تنصرف ايضا إلى اجازة العقد، وبالتالى تطهيره مما إعْتَوَرَهُ من عيب، وذلك اذا كان المحيل عالما بالعيب. فان لم يكن عالما به فلا يمكن افتراض انه قد قصد إلى حوالتها. وهو ما ينطبق ايضا على دعوى الابطال لنقص الاهلية، اذا تمت الحوالة في وقت كان فى إمكان المحيل أن يتمسك بالابطال، أو أن يجيز العقد، قبل حوالته.

وأخيرا ينتقل مع الحق ما حل من فوائد وأقساط، وتكون بالتالى من حق المحال له: «.. كما تعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط» (م ٣٠٧مدنى).

ويلاحظ ان مفاد ذلك ان هذه الفوائد والاقساط التى حلت تصبح من حق المحال له. يستوى فى ذلك الفوائد والاقساط التى حلت عن فترة لاحقة على تمام الحوالة، وتلك التى حلت عن فترة سابقة مادام المحيل لم يكن قد قبضها بعد. فهذه الاخيرة تعتبر من توابع الحق التى تصاحبه وتصبح من حق المحال، مادام ان المحيل لم يحتفظ بحقه فيها صراحة أوضحنا.

انتقال الحق بما يعتوره من عيوب ودفوع لمصلحة المدين : وهو ما يعنى أن الحوالة، وقد جاءت من جانب الدائن، فان رابطة الالتزام تظل معيبه

بعيوبها **التى تهدد وجودها من جانب المدين**، فاذا كانت ارادة المدين قد عيبت باحد عيوب الارادة مثلا، وكان له التمسك **بالابطال** لنقص اهليته، أو كانت الرابطة باطلة بطلانا مطلقا، فان للمدين المحال عليه أن يتمسك فى مواجهة المحال بكل هذه الدفوع توسلا إلى بطلان العقد أو ابطاله. كذلك لو أن هذا المدين كان قد أوفى بجزء من الدين، أو كان قد أوفى به كاملا للمحيل قبل اعلانه بالحوالة. وحاصل ذلك ان **للمحال عليه أن يتمسك بجميع الدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن المحيل، والتى كانت قائمة قبل اعلان الحوالة**. كما أن للمدين المحال عليه، ان يرفض الوفاء للمحال له، كليا أو جزئيا، فى كل حالة توافر له هذا الحق قبل الدائن المحيل.

ومع ذلك فان قاعدة تمسك المحال عليه بدفوعه قبل المحال يرد عليها استثناءان : **الأول** : سبق أن عرضنا له، وهو خاص بالدفع بالمقاصة، حيث لا يجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال بالمقاصة، التى توافرت له شروطها قبل الدائن (المحيل) اذا كان قد قبل الحوالة بغير تحفظ، ولا يكون له سوى الرجوع بحقه قبل المحيل (م ٣٦٨ مدنى)(١).

و الاستثناء الثانى يتعلق بالتمسك بالتقادم المسقط الطويل، وذلك حيث يكون الدائن المحيل بالغا رشيدا، فى حين أن الدائن المحال له قاصر، أى لم يبلغ سن الرشد، ففى هذه الحالة لو أن الحق تمت حوالته فان للمدين ان يتمسك بالتقادم المسقط في مواجهة المحيل، اذا توافرت شروط هذا التقادم

---

(١) كذلك لا يستطيع المحال عليه أن يتمسك باتحاد الذمة مع المحيل بعد اعلان الحوالة، لان الغرض ان المحال عليه قد ورث المحيل، ومن حق المحال أن يرجع على تركه هذا الاخير، والتى يمثلها الوارث المحال عليه، وبالتالى فان اتحاد الذمة لا يصلح سببا للدفع بالانقضاء فى نهاية المطاف.

بعد تمام الحوالة. ولكن هذا المدين (المحال عليه) لا يستطيع ان يتمسك بهذا التقادم فى مواجهة المحال له، اذ الفرض انه قاصر، وانْ حالة القصر تستوجب وقف مدة التقادم لمصلحته، وذلك اذا توافرت شروط المادة ٣٨٢/ ٢ مدنى «لا يسرى التقادم الذي تزيد مدته عن خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الاهلية، وفى حق الغائب او فى حق المحكوم عليه بعقوبه جناية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا».

المطلب الثانى

التزام المحيل بضمان الحق المحال

(١) ضمان المحيل لافعاله الشخصية :

١١٩- أشرنا فيما سلف إلى أن حوالة الحق غالبا ما تكون بعوض، أى تأخذ حكم البيع، ولكنها قد تكون فى بعض الحالات على سبيل التبرع، أى هبة. وقد نظم القانون المدنى أحكام ضمان المحيل للحق المحال به على الفرضين، فرض البيع وفرض الهبة، مع ملاحظة ان الضمان -حال توافر شروطه - يشمل الحق وتوابعه الموجودة عند الحوالة.

وقد قررت المادة ٣١١ مدنى الحد الادنى للضمان الواجب فى جميع **الحالات، وهو ضمان المحيل لافعاله الشخصية» «يكون المحيل مسئولا عن افعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان»**.

وهذا الضمان يقتضى أن **يمتنع المحيل عن اتيان أى فعل يكون من شأنه الانتقاص من الحق المحال به أو ينتقص من توابعه ومزاياه**. ومن تطبيقات التعرض الشخصى الذى يضمنه المحيل أن يتصرف فى الحق المحال تصرفا

ثانيا لغير المحال له، أو أن يرهنه، اذا كان مثل هذا التصرف قد تم وصارا نافذا قبل نفـاذ حوالة المحـال له الاول. ويسرى الضمـان المشار اليه ايـضا على كل عمل يرجع الى المحـال قبل نفـاذ الحوالة الأولى، كأن يسـارع احد دائنيـه قبل هذا النفاذ فيوقع حـجزاً تحفظيا تحت يد المحال عليه، مما ينتقص بطبـيعة الحال من حق المحال.

(٢) المستويات الاخرى لاحكام الضمان :

(أ) الضمان فى حالة الحوالة بغير عوض :

١٢٠- اذا تمت الحوالة بغـير مـقابل، فان المحـيل لا يضمن، من ناحـية أولى، وجـود الحق المحـال. وقـد نصت على ذلك المادة ٣٠٨ مـدنى: «**أما اذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق**».

وهذا الحكم يتـسق مع انتفـاء المقابل فى الهـبة، اذ لا يتصـور ان يرجع الموهوب له بشئ، فى حالة استحـقاق الحق المحال، على الواهب (المحيل)، اذ انه بحكم الفـرض لم يدفع شـيئـاً فى مـقابل حـوالة الحق له. ومع ذلك فـان المحيل، باعتـباره واهباً، قد يضـمن استحقاق الحـق المحال فى بعض الحالات الخاصة، التى تضـمنها القانون المدنى، في الفصل الثـالث من الكتاب الثانى، تحت بند الـهـبـة. فـقـد نصت المادة ٤٩٤ على ان «(١) لا يضـمن الواهب استحقاق الشئ الموهوب، إلا اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض. وفى هذه الحالة يقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا عما اصابه من الضرر. وفى الحـالة الثانية لا يضمن الواهب الاسـتحقاق الا بـقدر ما اداه الموهوب له من عـوض، كل ذلك مـا لم يتفق على غـيـره» (٢) واذا استـحق الشئ الموهوب حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى».

ومما سبق يمكن عرض ضوابط الضمان فى حالتين الأولى هي حالة الهبة الخالصة أى بغير عوض تماما، والحالة الثانية هى حالة الهبة بعوض:

أولا - اذا كانت الحوالة هبةً خالصة:

في هذه الحالة لا يضمن المحيل حتى وجود الحق المحال. كما لو تبين بعد الحوالة أن الحق المحال لا وجود له اصلا. ومع ذلك فقد حددت المادة ٤٩٤ مدنى حالة إستثنائية ويلتزم فيها المحيل بالضمان، وهى حالة ما اذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق عن الموهوب له، بمعنى انه كان عالما بهذا السبب وتعمد إخفاءه غشا بالمحال له. وفي هذه الحالة يتخذ الضمان، حسب نص المادة ٤٩٤ مدنى، صورة «تعويض عادل، يقدره القاضى». ومعنى هذه الصياغة أن القاضى لا يحكم بالتعويض للمحال الا اذا توافرت شرائط التعويض القانونية وهى - بالاضافة إلى الخطأ المتمثل فى الغش- وهى الضرر وعلاقة السببية. ويتعين أن يتضمن الحكم عناصر الضرر التى يحمل قضاءه على وجهه الصحيح قانونا. فمجرد فوات الحق على الموهوب له ليس بذاته موجبا للتعويض.

(ب) إذا كانت الحوالة هبةً بعوض :

حددت الفقرة الاولى من المادة ٤٩٤ مدنى حكم الضمان فى هذه الحالة بأن الواهب لا يضمن«الاستحقاق الا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض». كما يستحق المحال له الفوائد عن المبلغ الذى يكون قد سدده عوضا من وقت المطالبة القضائية به، وكذلك المصروفات».

(جـ) **وأخيرا** نصت المادة ٤٩٤/ ٢ مدنى على انه: «اذا استحق الشئ الموهوب، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى». وهو حكم يتفق مع منطق الحوالة، ولو كانت بغير عوض. ذلك ان الحوالة، وقد

تمت، فقد اصبح الحق المحال به خالصا للمحال له، فاذا استحق فان من المنطقي، ومن العدل ايضا، أن يحل المحال له محل المحيل (الواهب) فيما يكون له - بسبب الاستحقاق- من حقوق ودعاوى. ويعطى الاستاذ السنهوري مثلا لذلك هو أن بائعا قبل أن يسلم المبيع وهب الثمن المستحق في ذمة المشترى إلى آخر، عن طريق الحوالة، ثم هلك المبيع قبل تسليمه للمشترى بفعل اجنبى. فى هذه الحالة يسقط الثمن عن المشترى، ولا يستطيع المحال له الرجوع عليه بشئ. ولكن لما كان الاجنبى متعديا فى هلاك الشئ، فان للبائع ان يرجع عليه بدعوى التعويض، فهذه الدعوى قد حلت محل الثمن المحال به، ومن ثم يحل المحال محل المحيل (البائع) فى هذه الدعوى قِبَلْ الاجنبى»[1].

ثانيا- احكام الضمان القانونى فى حالة الحوالة بعوض:

١٢١- نصت المادة ٣٠٨/ ١ مدنى على انه اذا كانت الحوالة **بعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك**». واضافت المادة ٣٠٩/ ١ مدنى: « **لا يضمن المحيل يسار المدين** الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان».

ويمثل **الشق الأول** من هذا الضمان حالة ما اذا تبين عدم وجود الحق المحال به. كما لو كان قد انقضى قبل تمام الحوالة بأى سبب من اسباب الانقضاء كالتقادم، او المقاصة ، او الابراء، او التجديد. كذلك الحال لو انه انقضى بعد الحوالة بسبب من الاسباب ذات الاثر الرجعى، كالبطلان المطلق، او القضاء بالابطال. كذلك اذا كان الحق المحال معلقا على شرط فاسخ، لا يعلم به المحال له[2] ثم تحقق الشرط، فان الحق يزول بأثر رجعى، يستوى في

(١) السنهوري، السابق، رقم ٢٨٣.

(٢) أما اذا كان المحال له يعلم بالشرط الفاسخ وقبل الحوالة على هذا الوصف فلا رجوع له على المحيل اذا تحقق الشرط بعد صدور الحوالة.

هذه الحالة ان يتحقق الشـرط قبل تمام الحوالة او بعد تمامها. ويتـحقق الضمان أيضا إذا كان زوال الحق **بتعرض شخص من المحيل**، على نحو ما سبق ذكره، مثل إجراء حـوالة اخرى اصبحت نافذة قـبل الحوالة الاولى.... الخ. وهو ما نصت عليه المادة ٣١١ مدنى(١).

ويلاحظ ان ما يطرأ على الحق من عـوارض - غير ما سبق- وبعد تمام الحوالة، سواء وردت على أصل الحق أو على أحـد توابعه، فانها لا تدخل فى نطاق الضمان. فما دام ان الحوالة تمت على الحق كاملا، وكذلك على توابعه، **فان المحيل لا يسأل عما قد يلحق بأى منها بعد تمام الحوالة**.

وتطبيـقا لذلك لا ضمـان على المحيل اذا اكتـملت مدة التقـادم المسقط بعد تمام الحـوالة. ايضا لو أن الحق كان مضـمونا بحق عينى تبعى نافـذ إلى ما بعـد الحـوالة وأهمل المحال فـى تجديد قـيـده بالشـهر العـقـارى، مما ادى الى سقوطه. فى مثل هذه الأحوال لا ضمان على المحيل. وأخيراً لا يضمن المحيل الحق الذى كان محلا للنزاع وتمت حوالته بحالته بوصفه حقا احتماليا يحتمل الكسب والخسارة.

أما الشق الثانى: فهـو أن المحيل لا يضمن يسار المحـال عليه (المدين). بمعنى انه اذا تبين ان المدين عـاجز عن الوفاء بالحق المحـال، سواء كان عـجزه كليا أو جزئيا، فلا ضمان للمحال له قِبَلَ المحيل(٢).

---

(١) «يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو إشترط عدم الضمان».

(٢) الا اذا كان المحيل قد اخفى، وقت الحوالة، عن المحال له، وبطريق الغش ان المدين معسر، ففى هذه الحالة يكون مسئولية المحيل على اساس ما صدر منه من غش قبل المحال له.

ثالثا- تعديل احكام الضمان بالاتفاق :

١٢٢ - تتسم قواعد الضمان القانونية، التى وردت بها نصوص القانون المدنى، بأنها تعبر، إلى حد ليس بالقليل، عن إرادة مفترضه لكل من طرفى الحواله (المحيل والمحال له). ولذلك يجوز الاتفاق على خلافها إما بتشديد الالتزام بالضمان (وهو ما يحدث غالبا)، أو بالتخفيف منه. غير أن مثل هذا الاتفاق تحوطه بعض الضوابط التى لا يجوز الخروج عليها. ويختلف الامر فى حالة الحوالة بغير عوض عنه فى حالة الحوالة بعوض.

(١) تعديل احكام الضمان فى حالة الحوالة بغير عوض:

نصت المادة ٣٠٨/ ٢ مدنى على أنه فى الحوالة بغير عوض لا يضمن المحيل حتى وجود الحق، ومع ذلك فانه يضمن الاستحقاق اذا كان قد تعمد إخفاء سببه. وهو ما نصت عليه المادة ٤٩٤ مدنى فى شأن الهبة. وفي هذه الحالة الاخيرة يقدر القاضى التعويض العادل للمحال له. ولذلك **فإنه ليس هناك ما يمنع من ان يتفق على تشديد الضمان على عاتق المحيل،** اذا استحق الحق المحال به، او تبين عدم وجوده اصلا؛ سواء كان المحيل حسن النية أو سئ النية، أى سواء ثبت ان المحيل أخفى سبب الاستحقاق أو لم يخفه. وفي هذه الجزئية الأخيرة يتجاوز الاتفاق على الضمان ما نصت عليه المادة ٤٩٤ مدنى، والتى يقتصر حكمها في شأن الضمان على حالة تعمد إخفاء سبب الإستحقاق.

ونظراً لان الحديث عن الضمان، فى الحوالة بغير عوض، هو حديث عن تعويض المحال له، فان الامر يتقيد فى نهاية المطاف بمنطق التعويض. وبالتالى فلا يجوز الاتفاق على التعويض ولو لم يُصَب المحال له بضرر ما.

أما **بالنسبة لتخفيف الضمان** فهو لا يتصور الا ان يكون باعفاء المحيل

من مسئولـيته ولو تعمد إخفاء سـبب الاستحقاق، وهو اتفـاق غير جائز، لان تعمد الاخفـاء يمثل خطأ تقصيريا، ومن المقرر انه لا يجوز الاعفـاء مقدما من المسئولية عن الخطأ التقصيرى.

(٢) تعديل أحكام الضمان في حالة الحوالة بعوض:

أشـرنا فيـما سـبق لحدود الضـمـان في حالة الحـوالة بعوض، ويجـوز بالنسبة لها أيضا الاتفاق على تعديلها. وغالبا ما يكون الاتفاق بالتشديد، كما أسلفنا.

ومن ذلك فان المحيل لا يضمن يسار المدين (م ٣٠٩/ ١ مدنى)، ولكن يجوز الاتفـاق على ان يتحمل المحـيل التزامـا بضمان هذا اليـسار. وفى هذه الحالة لا يقتصـر الضمان على وجود الحق المحال به، بل يمتـد الى ضمان يسار المدين. ولكن مثل هذا الاتفـاق يتعين أن يفسر في حـدود ضيقة بغـير توسع، وبالتالى إذا جـاء غير محـدد، أى عن مجرد ضمان الـيسار[١]، فانه يـنصرف فقط إلى ضمان **يسار المدين وقت تمام الحوالة**، ولا ينصرف بالتالى الى ضمان اليسـار مستقـبلا، أى عند حلول أجل الوفاء بالدين. أمـا اذا أراد المحال له ان يضمن له المحـيل يسار المدين عند حلول أجل الدين فـان ذلك يقتضى اتفـاقا صـريحا على هذا المعـنى. وفى هذه الحالة يضـمن المحـال إعسـار المدين عند حلول الأجل المشار اليـه. فاذا تصادف، في هذا الوقت، أن كان المدين مـعسرا حق للمحـال له ان يرجع على المحيل بـهذا الضمـان الاتفاقى. ولكن يشـترط لإعمـال هذا الضمـان ان يقوم المحـال بالمطالبـة بالدين فى تاريخ حلول أجل

---

(١) م ٣٠٩/ ٢ مدنى «اذا ضـمن المحيل يسـار المدين، فلا ينصرف هذا الضـمان إلا الى اليـسار وقت الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك».

الوفاء، أو على الاكثر في وقت معقول من هذا التاريخ[١]. أما اذا تقاعس الى وقت طويل نسبيا، وطرأ الاعسار في هذا الوقت المتأخر، فلا رجوع له على المحيل، حيث انه بتقصيره لم يدرك المدين حال يساره.

وعلى عكس ما سبق يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان القانونى. ومن ذلك أن يتفق على الا يضمن المحيل وجود الحق، رغم ان الحواله بعوض. وقد يتخذ مثل هذا الاتفاق صوره عدم مسئولية المحيل عن تحقق سبب من اسباب بطلان او إبطال الالتزام. كذلك قد يتخذ صورة تخفيف جزئى يتعلق بعدم ضمان وجود توابع الحق المحال به. وبالجملة قد يشترط المحيل عدم ضمان أى عيب قد يظهر ويعتور الحق كليا أو جزئيا، أو يعتور كل او بعض توابعه. وعادة ما يصاحب مثل هذا الاتفاق، على عدم الضمان، حالة من حالات المضاربة التى يدفع فيها المحال له ثمنا زهيداً، فى مقابل الحق المحال به، أى أقل بكثير من قيمته الاسمية.

ولكن هناك حداً أدنى للتخفيف من الضمان فى الحوالة بعوض,وهذا الحد، الذى لا يجوز النزول عنه، يتمثل فى **عدم جواز الاعفاء من المسئولية عن التعرض الشخصى من جانب المحيل**. فهذا الاخير يظل دائما ضامنا لأفعاله الشخصية. والحقيقة ان مثل هذا الاعفاء المحظور، لو أجيز لهدم فكرة الالتزام من أساسها، ولأصبح التزام المحيل التزاما إراديا، وهو ما لا يجوز قانونا.

---

(١) ويجب على المحال ان يرجع على المدين أولا وكذلك على ما يكون مخصصا للوفاء بالدين من ضمانات، فاذا استنفد أولا هذا السبيل جاز له الرجوع على المحيل بالضمان.

المطلب الثالث

ما يرجع به المحال على المحيل اذا تحقق الضمان

١٢٣ - يثور تساؤل حول قدر ما يرجع به المحال على المحيل فى حالة تحقق ما يستوجب الضمان[١]. وهل هو قيمة الحق المحال الإسمية، أم هو قيمة ما سدده المحال من ثمن فعلى، وهو عادة ما يكون أقل من القيمة الاسمية؟ لاشك أن حوالة الحق تتم كثيراً على سبيل البيع بثمن أقل من القيمة الحقيقية، وهو ما يعنى قدرا من المضاربة من جانب المحال، كما سبق أن اوضحنا في موضع سابق. وهذه المضاربة هى حلال بغيض الى المشرع. لذلك جاءت المادة ٣١٠ مدنى تنص على انه اذا رجع المحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين (٣٠٩و ٣٠٨ مدنى) **فلا يلزم المحيل الا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات،** ولو وجد اتفاق على غير ذلك».

ويلاحظ، من **ناحية أولى**، أن تحديد القدر الذي يرجع به المحال، على النحو السابق، **متعلق بالنظام العام**. وقد أفصح النص السابق صراحة على عدم جواز الاتفاق على ما يخالفه. وتعود فكرة النظام العام، فى هذا المقام، إلى ما يأباه المشرع من إقدام المرابين على المضاربة على الحقوق، بما يحقق لهم كسبا أكثر مما تكبدوه. وبالتالى كان لزاما حصر حقهم فى الرجوع على قدر ما دفعوه من ثمن يضاف اليه فقط الفوائد القانونية من وقت السداد والمصروفات. وهو ما يعنى انه - أى المحال - قد يصيب غنما يتمثل فى الفرق بين ما سدده والقيمة الاسمية، وذلك اذا استوفى الحق المحال به، أما اذا فشل، وتحقق موجب الضمان، فان المضاربة لن تحقق له أية فائدة باكثر مما دفعه

---

(١) وهو ما يفترض حواله بعوض، أى بيعا، أو هبة بعوض ايضا. أما في الهبة الخالصة فلا رجوع الا فى حالة الضرر المحقق والذي يستحق عنه تعويض قضائى عادل.

وتكبده من مصروفات وفوائد بالسعر القانونى. وهو، فى هذه الحالة الاخيرة، يعد غارما وليس غانما من الناحية الفعلية.

ولا يبقى، بعد هذا المبدأ السابق، إلا حالة واحدة يستطيع فيها المحال ان يرجع بتعويض يضاف الى عناصر الرجوع السالف ذكرها. وهذه الحالة هى تحقق الضمان نتيجة تعرض شخصى من جانب المحيل. ففي هذا الفرض الاخير قد يصل التعويض الى تكمله ما يساوى قيمة الحق كاملا.

وأخيرا يلاحظ أن رجوع المحال على المحيل قد يكون جزئياً، كما لو ان المحال كان قد استوفى نصف القيمة من المدين، وتعذر عليه استيفاء النصف الاخر لاعسار هذا المدين جزئياً (وكان المحيل ضامنا ليسار المدين عند الوفاء). فى هذا الفرض يرجع المحال على المحيل فيما بقى له، ولكن بشرط الا يتجاوز فى إجمالى ما يقبضه من الطرفين ما سدده من ثمن حقيقى بالاضافة للمصروفات والفوائد القانونية، التزاما بحكم المادة ٣١٠ مدنى. وبالتالى فانه يرجع بالباقى على المحيل، ولكن بنسبة قيمة الثمن الإسمى للثمن الحقيقى.

ويطبق المبدأ السابق فى حالة تعدد الحوالات على سبيل التعاقب، بمعنى ان تتم الحوالة الأولى ثم تعقبها حوالة ثانية من المحال له الاول لشخص ثالث (المحال له الثانى) فاذا تبين اعسار المدين، وكان اعساره مشروطا فى اتفاق بالضمان، فان كلا من المحالين لا يرجع على سلفه الا فى حدود ما دفعه بالاضافة الى المصروفات والفوائد القانونية من وقت الدفع، سواء كان الرجوع كليا، أو جزئيا، وفق ما سلف بيانه فى الفرض السابق(١).

---

(١) يستوى فى ذلك ان تكون الحوالة الثانية بثمن أقل أو اكثر من الثمن الخاص بالحوالة الأولى.

المبحث الثانى

آثار الحوالة بين المحال له والمحال عليه

١٢٤- أشرنا فى موضع سابق إلى أن نفاذ حوالة الحق فى حق المحال عليه مناطها قبول المدين للحوالة او إعلانه بها. فإذا تم ذلك حل المحال محل المحيل فى العلاقة مع المدين المحال عليه. وكما أشرنا ينتقل الحق بالتالى للمحال بكامل قيمته، وكذلك بكافة اوصافه وضماناته، وقت نفاذ الحوالة. ومن مقتضي هذا التحديد الأخير أن للمدين أن يدفع مطالبه المحال له بكافة الدفوع التى كان له أن يتمسك بها قِبَل المحيل، والتى كانت قائمة وقت النفاذ، فيما عدا ما سبق التحفظ فى شأنه[1]. يستوى فى كل ذلك الدفوع المتعلقة بانقضاء الحق، أو تلك المتصلة ببطلان رابطة الالتزام من أساسها، أو انفساخها، أو عدم نفاذها، أو صوريتها.

وقد عرضنا لتفاصيل ذلك من خلال ما سبقت دراسته في البنود السابقة، حيث عرضنا لاحكام الحوالة قبل نفاذها ثم بعد هذا النفاذ، حيث تداخلت فيها احكام العلاقة الثلاثية فيما بين اطرافها، فضلا عن تداخلها احيانا مع مصالح الغير.

ويبقى أن نعرض فيما يلى لحكم خاص بحوالة الحقوق المتنازع عليها.

حق المحال عليه فى استرداد الحق المتنازع عليه من المحال له:

١٢٥- اشرنا إلى أن الحوالة عادة ما تأخذ صورة عقد البيع، أى حوالة فى مقابل ثمن للحق المحال به. وأن هذه الحوالة قد تَرِدُ على حق متنازع عليه

---

(١) فيما يختص بالدفع بالمقاصة واتحاد الذمة.

يريد الدائن ان يتخلص منه ولو بقيمة أقل من قيمته الاسمية، فيحيله الى من يقبل ذلك. واذا حدث هذا الفرض، أى فرض حوالة حق متنازع عليه، فان للمدين المحال عليه ان يسترد هذا الحق من المحال له، وفقا للمادتين ٤٦٩ ، ٤٧٠ مدنى.

فقد نصت المادة ٤٦٩/ ١ مدنى «اذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل الى شخص آخر فللمتنازل ضده ان يتخلص من المطالبة اذا هو رد الى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع»، «٢- ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام فى شأنه نزاع جدى»[1].

وتنص المادة ٤٧٠ مدنى على ان «لا تسرى أحكام هذه المادة السابقة فى الاحوال الآتية.....». وسنعرض لهذه الحالات لاحقا (فقرة ١٢٨).

وينطبق نص المادة ٤٦٩ مدنى على حالة الحوالة بمقابل، اذا وردت على حق متنازع عليه.

ولكى يتمكن المحال عليه من مباشرة الاسترداد المشار اليه لابد من توافر عدة شروط نعرضها فيما يلى:-

الشرط الأول : ان يكون الحق المحال متنازعا عليه فى معنى المادة ٤٦٩ مدنى:

١٢٦- إشترطت المادة ٤٦٩ فى فقرتها الثانية أحد فرضين لتوافر وصف المنازعة. **الأول : هو أن يكون الحق قد رفعت به دعوى أمام القضاء،**

---

(١) يستهدف نظام الاسترداد - بقدر الامكان - منع المضاربات على الحقوق المتنازع عليها.

وهو ما يقتضى طرح النزاع فى موضوعه أمام المحكمة. أما اذا كانت الدعوى التى رفعت لم تتطرق لموضوع النزاع، حيث قضى فيها بعدم القبول أو عدم الاختصاص أو ببطلان صحيفة الدعوى، فان الحق لا يعد متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة المشار اليها. أما اذا نظرت المحكمة فى موضوع النزاع ثم صدر حكم فيه غير نهائى، فان الحق يكون متنازعا فيه. ولكن هذه المنازعة تنتهى بصدور حكم نهائي يؤدى إلى حسم النزاع[١]، ما لم يطعن فيه بطريق غير عادي (النقض والتماس اعادة النظر) فاذا حدث هذا الطعن عاد الحق متنازعا فيه من جديد إلى أن يحسم وجه الطعن في الحكم.

أما الفرض الثانى، البديل للنزاع القضائى، فهو ان يكون الحق متنازعا فيه منازعة جدية، وهو أمر يقدره القاضى، وفقا لما يتبينه من ظروف وملابسات النزاع المدعى به ومستندات كل من الطرفين. ويلاحظ أن مجرد شراء الحق المتنازع عليه بثمن أقل من قيمته الحقيقة، وبغير ضمان، لا يجعل من الحق متنازعا عليه بالمعنى المقصود فى المادة ٤٦٩ مدنى[٢].

والنزاع المقصود قد ينصرف إلى أصل الحق، أو استمرار بقائه قائما فى الذمة، أى عدم انقضائه. وبالتالى فان مجرد العقبات التى قد يثيرها المدين في وجه الدائن لمجرد تعطيل الوفاء لا تعتبر نزاعا بالمعنى السابق.

---

(١) قضى بأن الحق لا يعد متنازعا فيه اذا كان التنازل عن الحق قد تم بعد الحكم نهائيا بالدين، حيث تكون قد انتهت طرق الطعن العادية ويكون قد ارتفع عن هذا الدين وصف النزاع. ولا يمكن اعتبار الحق متنازعا فيه لمجرد إحتمال التماس إعادة النظر فى الحكم. أما اذا حصل النزول وقت نظر دعوى الالتماس فيعتبر الحق متنازعا فيه ويجوز استرداده : محكمة مصر ٢٧/ ١٠ / ١٩٢٧ المحاماه ٨ - ٣١٧.

(٢) نقض ٧ أبريل ١٩٣٨ مجموعة القواعد - ٢ - رقم ١٠٩ص ٣١٧.

الشرط الثاني: ان يكون الحق قد تمت حوالته بمقابل:

١٢٧ - ويقتضي هذا الشرط أن نكون بصدد تصرف بعوض. فاذا كانت الحوالة بغير عوض، فلا يجوز الاسترداد. وهو حكم منطقي، إذ أن الهبة يراعى فيها جانب شخصى يربط بين الواهب والموهوب له، فضلا عن أن منطق الاسترداد، وفقا لنصوص القانون المدنى، يقوم على أن يرد المسترد ما أوفاه المحال له من ثمن فضلا عن المصروفات والفوائد القانونية، وهى أمور غير واردة فى الحوالة بغير عوض.

غير أن التساؤل يدور حول ما إذا كان يشترط أن يكون المقابل نقودا؟

ذهب رأى الى أنه يشترط أن يكون المقابل نقودا، وذلك أخذا بظاهر نص المادة ٤٦٩ مدنى من أن يردَ المتنازل ضده للمتنازل له «**الثمن الحقيقى الذى دفعه**».

غير أن هذا الرأى يضيِّق من الأمر بغير سند واضح، لأن المشرع تحاشى أن يعبر عن التنازل بلفظ البيع، وفضَّل التعبير بلفظ «نزل عنه صاحبه بمقابل» ولم يورد لفظ المشترى أو البائع.

وبالتالى لا وجه لتضييق الإسترداد على حالة البيع بالمعنى الفنى، أى البيع في مقابل ثمن. **ومن ناحية أخرى**، فان حواله الحقوق هى أفضل مجال لتطبيق قواعد إسترداد الحقوق المتنازع عليها. وقد أشرنا إلى أن الحوالة قد تتم بمقابل نقدى، وقد تتم على سبيل الاعتياض، كوفاء بمقابل. وبالتالى لا وجه لحصر الإسترداد فى صورة البيع وحده.

الشرط الثالث: الا يكون الحق المتنازع عليه مما منع القانون إسترداده:

حظرت المادة ٤٧٠ مدنى الاسترداد فى حالات أربع هى :

١٢٨ - **الحالة الأولى**: اذا كان الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد. ومن قبيل ذلك ان تباع تركة، ويكون ضمن مفرداتها أحد الحقوق التى ينازع الغير فى ملكية المورث لها. فى هذه الحالة لا يجوز للمدين المتنازل ضده أن يمارس مكنه الإسترداد المنصوص عليها فى المادة ٤٦٩ مدنى.

الحالة الثانية : إذا كان الحق المتنازع فيه شائعا بين شركاء، وتنازل احد الشركاء عن نصيبه لشريك آخر، يستوى فى ذلك أن يكون مصدر الشيوع هو الميراث أو غيره. ومنع الإسترداد في هذه الحالة يستهدف تغليب مصلحة الشركاء على مصلحة غيرهم، خاصة وأن احتمال المضاربة غير واضح، لان شراء الحق هو فى اتجاه تقليص الشيوع والإقلال من عدد الشركاء فيه.

الحالة الثالثة: هى حالة نزول المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاءً للدين المستحق فى ذمته. فالغرض من التنازل هنا هو وفاء الدين وليس المضاربة.

الحالة الرابعة : اذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار. وتفترض هذه الحالة أن عقاراً مثقلا برهن ضامن لدين، وأن هذا الدين متنازع فيه، ثم بيع العقار لمشترى فانتقل اليه محملا بالرهن، ويكون هذا المشترى، فى لغة الرهن، **حائزاً للعقار الذى اشتراه**. وقد يرى هذا الحائز ان يشترى الدين الذى يثقل عقاره لكى يطهر هذا العقار من هذا العبء. في هذه

الحالـة لا يجوز للمـدين طلب الاسـترداد، ذلك ان مقـصد الحـائز هو تطهـير العقار من الدين المضـمون بالرهن، وبالتالى شطب هذا الرهن. فالهـدف بعيد تماما عن فكرة المضاربة.

ما يجب على المسترد دفعه :

١٢٩- إذا ما تم الاسـترداد إلتزم المسـترد بالثـمن الحقيـقى المدفوع فى الحق، بين المتنازل والمتنازل له. ومن حـقه (أى المسترد) ان يـجادل فى حقيـقة الثمن المذكور فى الاتفـاق، واذ إدعى انه صورى، وانه اكثر من الحقـيقى، فان له أن يثبت هذه الصورية بكافـة طرق الاثبـات، بما فى ذلك البينة والقـرائن، باعتـبار انه من الغير ولا يتـقيد بالتـالى بقواعد نصاب الاثبـات بالكتابة. وإذا كان الثمن الظاهر اقل من الثمن الحقيقى فان له أن يتمسك بهذا الثمن الظاهر طالما انه من الغير حسن النية، اى لا يعلم وقت طلب الاسترداد بحقيقة الثمن. **ومن ناحية اخرى** فاذا حدث تَنَازُل عن الحق عدة مرات، عـلى سبيل التعاقب، فان طلب الاسـترداد يوجه الى آخر طرف فى آخر تـنازل صادف وقت إعلان الإرادة بالاسترداد.

ويضاف الى الثـمن كافة المصـروفات التى تكبدها المتنازل له فى سـبيل إكتساب الحق ، كاتعاب المحاماه، ورسوم التـسجيل، ومصروفات تحرير العقد واتعاب السـمسـار.. الخ. واخيـرا يلتزم المُسْتَـردُ بان يدفع للمتنـازل له فوائد الثـمن بالسعـر القانـونى منذ وقت دفع الثمن. ويـجب على المتنازل له ان يرد للمسترد ما تحصّل عليه من ثمار الحق المتنازع عليه.

آثـار الاسترداد :

١٣٠- يترتب على الاسـترداد حلول المسـترد محل المتنازل له فى الحق الذي كان متنازعا عليه.

ويكون لهذا الحلول أثر رجعى، ومؤدى ذلك إعتبار المسترد متلقيا للحق مباشرة من المتنازل، وان المسترد منه لم يملك الحق فى أى وقت من الاوقات. وبالتالى فان المسترد يحل محل المسترد منه في الصفقة دون أن يعتبر خلفا له. وفى الفترة بين البيع والاسترداد لا تنفذ أية تصرفات يكون المسترد منه قد أجراها على الحق. وكذلك لا تنفذ أية حجوزات تكون قد وقعت على الحق وهو فى ذمته.. ويلتزم المسترد أن يرد للمسترد منه الثمن، وكذلك الملحقات، إذا كان المسترد منه قد أوفى بالثمن للبائع، أما اذا لم يكن قد أوفى به فان له ان يسدده للبائع فورا ومباشرة. وبالتالى فان للبائع، اذا لم يكن قد قبض الثمن من المسترد منه، أن يطالب به المسترد بدعوى مباشرة، وفى نفس الوقت يكون ملزما قِبَلَه بالضمان إذا كان ملزما بذلك وفقا لقواعد البيع.

ومن ناحية أخرى فان للمسترد منه، إذا لم يكن قد سدد الثمن للبائع، ان يُدّخِلَ هذا الاخير فى دعوى الاسترداد، وان يطلب فى مواجهته براءة الذمة من الثمن، وانتقال الالتزام به الى ذمة المسترد. واذا لم يقم المسترد منه بادخال البائع فى الدعوى فانه يبقى مدينا له بالثمن المتفق عليه، ويكون من حق البائع ان يطالبه به دون المسترد.

الباب الثانى
حوالة الدين

١٣١ - حوالة الدين هى اتفاق بين المدين وشخص آخر على حوالة الدين اليه. فيصبح هذا الأخير مدينا بدلا من المدين الاصلى. ويسمى هذا الأخير محالا عليه. وتشمل هذه الحوالة، كما في حوالة الحق، ذات الدين، بذات قدره، وذات مقوماته وتوابعه وأوصافه وضماناته ودفوعه، وقت وقوع الحوالة.

وتظهر أهمية حوالة الدين فى أنها تعبر عن النظرة المادية لرابطة الالتزام وعدم تركها حبيسة للمفهوم الشخصى، الذى تبناه القانون الرومانى قديما. وبالتالى يصبح الالتزام قابلا للتداول والحركة بما يستوفى إحتياجات المعاملات القانونية والاقتصادية، خاصة فى الوقت الحديث. وقد إستجاب القانون المصرى لهذا المفهوم باجازة وتنظيم حوالة الدين. وهو فى ذلك يحذو حذو بعض القوانين الاجنبية الحديثة[1]، كما هو الحال فى التقنين الالمانى والتقنين السويسرى. ويتفق مبدأ إجازة حوالة الدين أيضا مع توجه فقه الشريعة الاسلامية. فالمذهب الحنفى يميز بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة. والأولى تتم حيث يكون المدين دائنا لشخص آخر (أى أجنبى عن علاقة الالتزام الاصلية)، فيحيل مديونيته على هذا الاجنبى وفاء لدينه واستيفاءً، فى ذات الوقت، لحقه قبل المحال عليه. ومن ذلك ان يكون المحال عليه مدينا للمدين الاصلى بدين نقدى، أو بالتزام برد وديعه او برد عين مغصوبة.

---

(١) يلاحظ ان القانون الفرنسى - كما سبقت الاشارة - لم ينظم سوى حوالة الحق، دون حوالة الدين، والتى تتحقق بعض اهدافها من خلال نظم اخرى مثل الاشتراط لمصلحة الغير، والانابة فى الوفاء، والتجديد، وهذه النظم الاخيرة لا تحقق اهداف الحوالة الا جزئيا. فالاختلاف بينها كبير وجوهرى.

وتكون الحوالة هنا حوالة مقيدة ، بمعنى أنها تسعى قصدا ونصا الى الربط بين ما على المدين الاصلى من دين وما له قبل المحال عليه من حق.

وهذا الربط هو ما استدعى وصف الحوالة بأنها حوالة مقيدة، وهو ما يجعلها بذلك وسيلة للوفاء للدائن المحال له بما له قبل المدين، ووسيلة لهذا المدين لاستيفاء حقه قبل المحال عليه، فى اطار عملية واحدة وهى الحوالة المقيدة بالدين. أما الحوالة المطلقة، فهى لا ترتبط بالقيد السالف ذكره، أى هى حوالة بسيطة بالمعنى المفهوم قانونا لحوالة الدين فى القانون المصرى حاليا. وهى بالتالى لا تفترض، ولا تقتضى، ان يكون المدين الاصلى دائنا للمحال عليه. وحيث ان هذا الاخير يتحمل، بالحوالة، عبء دين فى ذمة غيره (المدين الاصلى)، دون ان يكون مدينا بشئ لهذا الغير، لذلك فان الفقه الاسلامى لا يعرفها بذات معرفة وأحكام حوالة الدين فى القوانين الوضعية. فاذا ما تمت مطلقه، على المعنى السابق، فهى صورة من صور الكفالة أو تجديد الالتزام بتغيير المدين[1].

أهمية حوالة الدين :

١٣٢ – تمثل حوالة الدين أهمية كبيرة في المعاملات الجارية بين الاشخاص:

١ – فمن **ناحية أولى** يعرف العمل صوراً عديدة **للتنازل عن العقود**، بمعنى حالات ينتقل فيها العقد (وليس مجرد التزام فقط) إلى شخص اجنبى عنه، بمعنى أن يحل هذا الاجنبى محل أحد العاقدين، فى كافة ما له من حقوق

(١) راجع : فى الموضوع بالتفصيل: صبحى المحمصانى، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية -٢- ص ٣٤١ و ٣٥٥ و ٣٥٦، شفيق شحاته، حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية، السنهورى -٣- رقم ٢٣٠ وما بعدها.

وما عليـه من التزامات. أى ان الامـر هنا لا يقتـصر على مجـرد حواله حق او حوالة ديـن فقط، بل يتـضمن العـمليتين مـعا. وفى هذا الفـرض تبدو أهمـية أحكام الحوالتين عندمـا يغفل أطراف التنازل عن العقـد عن تنظيم أحكام هذا التنازل إتفاقـيا بينهما. كمـا أن احكام الحوالتين تنظم الاثار المترتبـة عليها في حق الغير. ومن الامثلة العملية للـتنازل عن العقود: التنازل عن عقد الايجار، عقد التوريد، عقد المقاولة، عـقد التأمين. ففي مثل هذه الفروض تكون أحكام الحوالة بنوعيها سندا لتيسير التعامل بين الاطراف المختلفة للعملية القانونية.

٢ - **تبدو اهمية حوالة الدين ايضا بمـناسبة تداول العقارات والمنقولات من خلال العقود المتـعاقبة**، وذلك عندمـا يكون الشئ، محل التـعامل مـرتبطا بالتزام على عاتق مالكه، وقد يتمـثل هذا الالتزام فى ثمن مؤجل او مقسط، أو باقساط عقد تأمين على الشئ عن السرقة او الحريق، أو ضامن لقرض اقترضه المالك. فى مـثل هذه الحـالات تكون حـوالة الدين هى وسـيلة نقل عبء هذا الالتزام - عند التصرف فى الشئ - الى المالك الجديد. وبغـير التقنية القانونية لحوالة الدين فان من تؤول اليه الملكية قد يجد نفـسه معرضا لمخاطر عدم وفاء سلفة بالالتزام، مما يعرضه لخطر نزع الملكيـة من تحت يده، إما نتيجة فسخ سند ملكية هذا السلف، وإمـا بالتنفيذ على الشئ اذا كان ضامنا لـلمديونية بموجب حق عينى تبـعى. ومن منطلق هذه المخاطر فان من مـصلحة من تلقي الشئ أن يتحمل بنفـسه مخاطر التزامات السلف المرتبطة بهـذا الشئ، حتى يمسك زمام أمن ملكيتـه بنفسه، ويكون مـسئولا عنهـا غنما أو غرمـا. وفى كل ذلك، فان حـوالة الدين لا تغيـر من مركـز الدائن - اذا وافق على الحـوالة- فى شئ، اذ يبقى دائنا بذات حقه بجميع توابعه وملحقاته فى مواجهة المحال عليه.

ومما يتصل بالامـثلة السابقـة ايضا أن **يكون محل التـداول كُلاً معنويا**،

يحوى مجموعة من العناصر من بينها حقوق والتزامات متعددة، كما هو الحال فى بيع المحل التجارى. اذ تُوفِّر تقنية الحوالة، في هذه الحالة، وسيلة سلسة لانتقال مجموعة العناصر للمالك الجديد بما لها وما عليها.

٣- ان **حوالة الدين قد تُتخذ سبيلا لابراء ذمة المدين**، وهو ما يتحقق عندما يكون المدين دائنا لشخص آخر، ويرغب فى ان يفى بما عليه من دين في مقابل ما له من حق قبل الغير، فيحل هذا الغير (مدين المدين) محله فى التزامه عن طريق حوالة الدين، بموافقة الدائن.

وفي هذه الحالة تنقضى بالحوالة مديونية المدين الاصلى وتبرأ ذمته قبل دائنه. وتمثل هذه الحالة ما يسمى، في الفقه الحنفى، الحوالة المقيدة، والتى سلفت الاشارة اليها.

ونعرض فيما يلى لاحكام حوالة الدين من حيث انعقادها ونفاذها ثم اثارها فى ضوء قواعد القانون المدنى.

الفصل الاول
انعقاد الحوالة

١٣٣ - تقوم حوالة الدين على اتفاق، شأنها شأن سائر العقود، ويتعين ان تتوافر لها أركان الانعقاد من رضاء ومحل وسبب. فضلا ضرورة توافر شروط صحة التراضي من حيث الاهلية[1]، وخلو الارادة من العيوب. وحوالة الدين، وهى فى كل ذلك لا تختلف عن مواصفات وضوابط القواعد العامة فى القانون المدنى.

وحوالة الدين، إما أن تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه (المدين الجديد)، وإما أن تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه. وأحكام نفاذها تختلف فى كل من الحالتين عن الاخرى.

---

(١) مع ملاحظة ان المحال عليه اذا تحمل عبء الدين تبرعا فيجب ان تتوافر له اهلية التبرع، سواء كانت الحوالة باتفاق مع الدائن أو باتفاق مع المدين.

المبحث الاول
حوالة الدين ونفاذها باتفاق الدائن والمحال عليه

تتم الحوالة فى هذا الفرض باتفاق الدائن والمحال عليه، (اى المدين الجديد). وقد نصت على ذلك المادة ٣٢١/ ١ مدنى «يجوز أيضا أنتتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه»، وبموجبها يحل هذا الأخير محل المدين الاصلى فى الالتزام. ولا يحتاج أمر تمام هذه الحوالة إلى رضاء المدين الاصلى، فالحوالة تتم سواء رضى بها أو اعترض عليها.

فالعنصر المهم، فى تمام الاتفاق، هو ان الدائن، وهو صاحب المصلحة فى استيفاء الدين، قد قبل ان يستوفى الدين من غير مدينه الاصلى، بأن قبل ان يحل محل المدين فى المديونية شخص المحال عليه.

ويتم هذا الاتفاق دون حاجة الى شكلية معينة[1]، فهو اتفاق رضائى[2].

وقد يكون الاتفاق صريحا، واضح الدلالة على الحوالة وعلى نية حوالة الدين، وقد يكون ضمنيا، كأن يعرض المدين الجديد على الدائن الوفاء بجزء من الدين او بعض ملحقاته، بصفته مدينا، وليس بصفته نائبا عن المدين الاصلي،فيقبل الدائن ذلك. فاذا ما تم الأمر انعقدت حوالة الدين برضاء الدائن، وخرج المدين الاصلي من علاقة المديونية التى إنعقدت بتمام الاتفاق على الحوالة فى ذمة المحال عليه. ويتعين على هذا الاخير، بالتالى، أن يستمر

(١) نقض مدنى ٣١/ ٥/ ١٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى، س ٢٧، ص ١٠٤٠.

(٢) ويلاحظ انه لا تثور مشكلة فى هذا الفرض فى شأن نفاذ الحوالة، فهى نافذة في حق الدائن منذ ابرامها باعتباره طرفا فى الاتفاق.

ملتزما مستقبلا فى الوفاء بالتزامه كاملا. ولا تثير مسألة الحوالة الضمنية من مشكلات هامة سوى ضرورة أن يكون إستخلاصها سائغا من ملابسات العلاقة بين الدائن والمحال عليه، خاصة فى استخلاص قيام نية الحوالة، وليس غيرها من الاشكال القانونية الاخرى، كالتجديد أو الانابة فى الوفاء، أو التضامن مع المدين الاصلى..الخ.

وبالنسبة للاحكام التى تختص بها حالة حوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه، فانها تتمثل فى أمرين :

الأمر الأول: نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٢١ مدنى وهو أن تسرى في هذه الحالة احكام المادتين ٣١٨ و ٣٢٠ مدنى. والملاحظ على هذا النص انه أسقط من الإحالة - على مواد القانون المدنى - المادة ٣٠٩ مدنى. وهذه المادة الأخيرة هى تلك التى تقرر ضمان «المدين الاصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت إقرار الدائن للحوالة». وهذا الاستبعاد منطقى، فى فرض الحوالة بالاتفاق مع الدائن، ففي هذا الفرض يكون الدائن هو الذى اختار المدين المحال عليه، واتفق معه فى غيبة المدين. وبالتالى فهو المسئول وحده عن إحتمال يساره أو إعساره. فالمدين لم يكن طرفا فى حوالة الدين حتى يتحمل ضمان يسار المدين الجديد. وفيما خلا هذا الاستبعاد - فى ضمان اليسار - تطبق على حوالة الدين أحكام المواد ٣١٨ و ٣٢٠ مدنى، وهى ذات الأحكام بالنسبة للحوالة فى صورتيها، أى سواء بالاتفاق مع الدائن أو بالاتفاق مع المدين الاصلى.

الامر الثاني : يتمثل فى رجوع المحال عليه، بعد أن يفى بالدين، على المدين الاصلى. فالفرض المعروض يقوم على عدم موافقة المدين الاصلى على

حلول المحال عليه فى مـركز مديونيته، أى انه لـم يشارك في الحوالة التى تمت باتفـاق الدائن والمحـال عليـه فقط. لذلك فـان المحـال عليـه، الموفى، ليس له الرجوع على المدين الاصلى الا وفـقا لقواعد الاثراء بلا سـبب، اى فى حدود ما نصت عليه المادتين ١٧٩ و ١٨٠ مدنى[1].

وفيمـا خلا هذين التحفظين السابقين تتـفق آثار حوالة الدين فى حالتى تمام الحوالة بالاتفاق مع المدين أو بغير الاتفاق معه.

المبحث الثانى

حوالة الدين باتفاق المدين والمحال عليه ووقت نفاذها

١٣٥ - قد تتم حـوالة الدين «باتفاق بين المدين وشـخص آخر يتـحمل عنه الدين»، وهو الفـرض الذى بدأت به نصـوص حـوالة الدين فى القـانون المدنى فى المادة ٣١٥ مدنى. ويتم الاتفاق وفـقا لضوابط التعاقـد فى القواعد العامة، كما سبقت الاشارة.

وينتج هذا الاتفاق أثره بين الطرفين بمجـرد انعقاده، وينتقل الدين فـيما بينهما الى ذمة المحال عليه. ولا يجوز لاى منهما نقض هذا الاتفاق او تعديله الا باتفاقهما مـعا. ولذلك جاز لهما أن يَعْدِلا عن الاتفاق او ان يُعَـدِّلا فيه الى ما قبل قبول الدائن للحوالة.

(١) وبالتالى يتحدد حق المحال عليه في الرجوع فى التعويض عما لحقه من خسارة بسبب الوفاء فى حدود ما اثرى به المدين الاصلى، وتسقط دعوى التعويض بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحقه فى التعويض، وفي جميع الاحوال بمضى خمسة عشر عاما.

ومن البديهي أن هذه الحوالة، باتفاق المدين مع المحال عليه، لا اثر لها فى مواجهة الدائن الا اذا أقرها، أما قبل صدور هذا الاقرار فان الاتفاق يبقى مقصوراً على طرفيه، واثره لا يتعداهما إلى غيرهما. ومَردُّ أهمية إقرار الدائن أن تحديد شخص المدين أمر يهمه بالدرجة الاولي، لان ملاءة المدين، ويساره، ومدي استعداده للوفاء الفورى عند حلول الاجل، كلها أمور تختلف من شخص لآخر، وبالتالى لا يتصور أن يتغير شخص المدين بمنأى عن رضاء الدائن وموافقته. لذلك نصت المادة ٣١٦ مدنى على أنه «(١) **لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الا اذا أقرها**».

ويترتب على منطق القول السابق أن للدائن حرية قبول حوالة الدين أو رفضها، فالأمر يخصه قبل غيره. وقد أثير في هذا الخصوص تساؤل حول ما اذا كان رفض الدائن قبول حوالة الدين يعد تعسفيا فى بعض الحالات؟ فقد يتصادف أن يتفق المدين مع مدين آخر لكى يحل محله فى الدين، ويكون المدين الجديد أكثر ملاءة ويساراً من سلفه، مما قد يجعل من رفض الدائن قبول الحوالة رفضا تعسفيا؟

عرضت هذه المسألة اثناء إعداد مشروع القانون المدنى، وأثير فى صددها قول الرسول ﷺ، «فاذا أحيل احدكم على ملئ فليحل». مما قد يفيد فى ظاهرة معنى الأمر فى قبول الدائن للحوالة. ولكن فهم هذا الحديث آل - عند البعض- الى أنه يدور في نطاق الاستحباب أو الإباحة فحسب. «لأن المدينين، رغم يسارهم، قد تتفاوت ذممهم فى حسن القضاء والمطل. ولهذه الصفة يحرص الدائن على عدم إبدال مدينه... وان الدائن قد يضار إذا أجبر على إستيفاء دينة من مدين لا يوفيه.. أما الحنابلة فلا يشترطون رضاء

الدائن.. وان الامر المستفاد من الحديث، الذى تقدمت الاشارة اليه، أمر وجوب ينطوى على تكليف الدائن باستيفاء حقه ممن قبل تحمل الدين، مادام المدين الاصلى قد أحال عليه، ويعتبر الدائن، وفقا لهذا الرأى، غير محق فى الممانعة فى إتفاق لا يضار منه، فان فعل، كان متعسفا، وكان للقاضى أن يُجْبِرَهُ على إمضاءِ حكم هذا الاتفاق إن إقتضى الحال»[1].

وإستنادا الى هذا الاتجاه الأخير، وأخذا به، كانت المادة ٤٤٦ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تحرم الدائن من حقه فى رفض الحوالة «اذا كان حقه بعد الحوالة مكفول الوفاء». كما لو كانت الحوالة على مدين قادر ومليئ. وبالتالى فان الرفض فى هذه الحالة يكون تعسفيا. غير ان لجنة مجلس الشيوخ رفضت مبدأ حرمان الدائن من رفض الحوالة، وحذف مشروع النص الذى تقدم ذكره.

وإتساقا مع هذا التسلسل فان الوضع الحالى فى القانون المصرى، يعطى للدائن حرية كاملة فى رفض حوالة الدين أو قبولها، وفقا لتقديره الكامل لمصالحه.

نفاذ حوالة الدين فى حق الدائن :

١٣٦ - اذا أقر الدائن تلك الحوالة أصبحت الحوالة نافذة في حقه. وينتج هذا الاقرار أثره رجعيا، إذ يرتد الى وقت الاتفاق بين المدين والمحال عليه. ومن مقتضي هذا الأثر الرجعى انه لا تأثير على تمام الحوالة ونفاذها لأى عارض يعرض لاحد طرفى الاتفاق فيما بين وقت ابرام الاتفاق على الحوالة، ووقت صدور الاقرار من الدائن[2].

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى -٣- ص ١٤٠ و ١٤١.

(٢) كما لو كان أحد طرفى الحوالة قد فقد أهليته مثلا بعد تمام الاتفاق وقبل إقرار الدائن، فمثل هذا العارض لا اثر له.

أمـا إذا رفض الدائن الإقـرار بحـوالـة الدين، فـان الاتفـاق عليـهـا لا يتعدى أثره طرفيها، ويكون للدائن أن يطـالـب المدين الاصلى دون سواه بحقه قبَلهُ.

ويلاحظ أخـيرا انه بالنسـبة لوقت صـدور الاقرار، فـان **للدائن الحرية أيضا فى اختيار الوقت الذى يعلن فـيه قبوله للحوالة اذا شاء ذلك**، سواء بعد ان يخطره احد المديـنين بذلك، او بناء على مبادرة شـخصيـة منه. والى ان يتم القبول تظل حوالة الدين، كـما سبقت الاشارة، حبيسه طرفـيها، بقاءً أو الغاءً أو تعديلاً.

غـيـر أن الفقـرة الثـانيـة من المادة ٣١٢ مـدنى أعطت **لكل مـن المدين والمحال عليه** ان يقطعا على الدائن سـكوته، باعلان الدائن بالحوالة التى إتفـقا عليـها، وان **يعيّنا له أجلا مـعقـولا للافصاح عـن إقراره**، «فـاذا إنقـضى هذا الاجل، دون أن يصدر الاقرار، اعـتبر سكوت الدائن رفضـا للحوالة». وعلى هذا النحو فاذا فشل طرفا الحوالة فـى الحصول على إقرار الدائن بعد اعلانه - وفق ما سبق- ظل أمر حوالة الدين حبيس طرفيها ملزمة لهما فقط، غير نافذة فى حق الدائن.

ومع ذلك فقد اورد المشرع **استثناء على مبدأ اعتبار سكوت الدائن، بعد اعلانه بالحوالة، رفـضا لها**. فقد اوردت المادة ٣٢٢ مـدنى حالة اعتبرت فـيها سكوت الدائن - بعد اعلانه - قبولا وليـس رفضا. فقد نصت هذه المادة على انه «(١) لا يسـتتبع بـيع العقـار المرهون رهنا رسـميا انتـقال الدين المضـمون بالرهن الى ذمـة المشترى الا اذا كـان هناك اتفاق على ذلـك». «(٢) فاذا اتفق البائع والمشتـرى على حوالة الدين، وسجل عقد البـيع، تعين على الدائن متى

أُعْلِنَ رسميا بالحوالة أن يقرها أو أن يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستة اشهر، فاذا انقضى الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقراراً».

وواضح ان المشرع فى هذا الحكم الأخير إعتبر السكوت قبولا - خلافا للحكم العام الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٣١٥ مدنى- وذلك بعد إنقضاء مهلة الستة شهور، التى حددها المشرع بعد وصول الاعلان للدائن. وهذا الحكم الخاص يسانده رغبة المشرع فى تسهيل أن ينتقل الالتزام الذي يضمنه رهن رسمى يثقل العقار المرهون، الى مشترى هذا العقار، حتى يتوحد الالتزام الشخصى بالدين مع الالتزام العينى، الواقع على مشترى العقار المرهون، فى شخص واحد، هو من آلت اليه الملكية بالشراء. وبذلك يصبح المالك الجديد (المشترى) هو ذاته المدين (محال عليه) بالالتزام المحال به، والذى يضمنه الرهن الرسمى الوارد على العقار الذى أصبح مملوكا له.

الفصل الثانى

آثار حوالـــة الديـن

١٣٧- تترتب على حـوالة الدين آثار متعددة المظاهر، فى مـواجهة كل طرف من اطراف علاقتها الثلاثية، وإنتاج الحوالة لآثارها كاملة مشروط إبتداءً بصحـة الاتفاق عليها.. فـاذا تبين ان الاتفاق كان باطلا بطلانا مطلقـا، أو كان قابـلا للبطلان وقضى بابطاله، زالت الحـوالة واعتـبرت كـأن لم تكن، ويزول معها كل مـا يكون قد تم اتخاذه من اجراءات، وما يكون قد نُفِّـذَ منها كليا أو جزئيـا، على نحو تعـود معـه الحال الي مـا كانت عليـه قبل الاتفاق الـباطل. ويتـرتب على ذلك ان يعـود الدين الى ذمة المدين الاصـلى، وكأنه لم يخـرج منهـا قط. غيـر أن عودة الحـال الى ما كـانت عليـه لا يجوز أن تُخلَّ بأمـرين. **الأول** هو ما يكون الغير قد كسبه من حقوق، كما هو الحال فى الكفيل العينى الذى لم يوافق على الحوالة فيزول الرهن عن مـا له، فان الغاء الحوالة لا يجوز ان يضـر بحقـوق من يكون قد كـسب حـقا على المال المرهون فـيمـا بين تمام الحوالة وزوالها. وفيما عدا هذا التحـفظ - الخاص بحقوق الغير- يعود الدين الى حـالة بجمـيع اوصـافه وخـصـائصه وتوابعـه. **أمـا الامر الثـانى**، فيـتعلق بالتعويض عن الضرر الناشئ عن زوال الحوالة، ذلك أن من حق الدائن، الذي أقر الحـوالة، أن يرجع بالتعويض عـما لحقه من أضـرار نتيجـة لزوال الحوالة، وهو يقتضى هذا التـعويض ممن تسبب بخطئه فى حدوث الضـرر، سواء أكان هو المدين الاصلى أو المحال عليه. أمـا اذا كـان زوال الحوالة بسبب لا يد لأى منهما فيه فلا رجـوع عليهما به»[1].

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية - ٣- ١٥١.

أما اذا استقر أمر الحوالة على الصحة، فانها، قبل إقرار الدائن لها، تمثل إتفاقا كاملا بين المدين والمحال عليه (اذا اقتصر الاتفاق عليها)، فيلزم الثانى قبَل الاول بالوفاء للدائن، بغض النظر عن صدور إقرار من الدائن أو عدم صدوره، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

وقد نصت على هذا الحكم المادة ٣١٧ مدنى بقولها: «(١) مادام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك. ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة». «(٢) على انه لا يجوز للمدين الاصلى ان يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن، ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة».

ومعنى ما سبق ان للمدين والمحال عليه ان ينظما الاحكام التفصيلية لتنفيذ الحواله. فاذا لم يوجد اتفاق وجب الالتزام بما ورد في المادة ٣١٧ مدنى بفقرتيها. وهو ما يعنى أن اتفاق الحوالة هو شريعة طرفيه من ناحيتين، **الناحية الاولى**: هى التزام المحال عليه بالوفاء للدائن حتى ولو كان الدائن قد رفض قبول الحوالة[1]. **والناحية الثانية** هى التزام المدين الاصلى بأن ينفذ أى التزام مقابل يكون قد تعهد به للمحال عليه. فان لم ينفذ ما يكون قد تعهد به فلا يجوز له ان يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن. وكل ذلك تطبيق لمبدأ

---

(١) ورغم هذا الحكم فان الحوالة فى هذه الحالة لا تعتبر اشتراطا لمصلحة الغير (الدائن) لان حقيقة مقصد المدين الاصلى انه يشترط لمصلحته هو لا لمصلحة غيره. ومن ناحية اخرى فان الدائن حين يقر الحوالة فان ذلك لا يمثل إقرارا للاتفاق السابق بين المدين والمحال عليه، بل ان هذا الاقرار (على خلاف إقرار المستفيد فى الاشتراط لمصلحة الغير) ينقل الدين وعلاقة المديونية كاملة الى المحال عليه ولمصلحة الدائن.

شريعة التعاقد، وان الانفاق على الحـوالة هو اتفاق لا يقبل التجزئة بين طرفيه، بمعنى أن هناك ترابطا بين الالتزامات المتبـادلة والمتقابلة لكل من المدين والمحال عليه، على نحـو لا يجوز معه لأحد طرفـيه أن يطلب من الآخر تنفيـذ التزامه دون ان يكون هو قد نفذ التزاما مقابلا.

وعندما يصدر من الدائن إقـرار بالحوالة الصحيحة بين طرفـيها، تصبح الحوالة نافذة في حقه على نحو ما سـلف الاشارة اليه، شأنها شأن الحوالة التى تتم ابتـداء بالاتفاق مع هـذا الدائن. وبتمـام نفاذ الحـوالة يصـبح المحال عليـه ملزما بالوفـاء للدائن، وفى مقابل ذلك تبـرأ ذمة المدين الاصلى من هذا الدين على نحو لا يسـتطيع معه الدائن الرجـوع عليه على أى نحو كـان، حتى ولو أعسر المحال عليه بعد تمام الحوالة أو بعد نفاذها.

وبعد عـرض هذا الاطار المبدئى لآثار حوالـة الدين، نعرض فيـما يلى للآثار التفـصيلية مـن خلال ثلاثة مبـاحث: نعرض فى **المبحث الأول** لانتقال الدين من المدين إلى المحال عليـه بذات قدره وبذات أوصافه وضـماناته، وفى **المبحث الثانى** نعـرض لحق المحال عليـه فى التمـسك بالدفوع المسـتمـدة من العلاقة الاصلية، وكذلك تلك المسـتمدة من عقد الحوالة. وفى **المبحث الثالث والأخير** نعرض لمدى ضمان المدين يسار المحال عليه.

المبحث الأول

انتقال الدين بذات قدره وأوصافه وضماناتها

إنتقال الدين بذات اوصافه :

١٣٨ - تؤدي حوالة الدين الى انتقال الدين من ذمة المدين الى ذمة المحال عليه، وهو ما سبق ان اشرنا اليه، ومؤداه براءة ذمة الاول، اذا قبل الدائن الحوالة، وصيرورة الثانى مدينا بدلا منه. ومعناه أيضا أن يحل المحال عليه محل المدين الاصلى فى ذات الدين بذات قدره، وبذات أوصافه: مدنيا أو تجاريا، معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل أو منجزاً، منتجا لفوائد او غير منتج... الخ، ويتم هذا الانتقال بين المدين والمحال عليه منذ وقت انعقاد الحوالة، واذا ما نفذت الحوالة باقرار الدائن، سارت فى مسارها الطبيعى بين هذا الدائن والمحال اليه، وتعرضت لأى عارض يعرض لاى علاقة التزام، من إستمرار تقادم يكون قد بدأ لمصلحة المدين الاصلى (فيستمر لمصلحة المحال عليه)، أو إنقضاء للالتزام بأى سبب من أسباب الانقضاء، كالوفاء أو المقاصة أو غيرهما.

إنتقال الدين بذات ضماناته لمصلحة الدائن:

١٣٩ - ينتقل الدين المحال به بذات الضمانات التى كانت تكفل الوفاء به. وقد اوردت هذا الحكم صراحة الفقرة الاولى من الماددة ٣١٨ مدنى «١ - **تبقى للدين المحال به ضماناته**». وتنصرف هذه الضمانات بصفة أساسية إلى ما يكون المدين الاصلى نفسه قد قدمه لتأمين الوفاء بالدين، كأن يكون قد قدم لمصلحة الدائن رهنا رسميا أو حيازيا على عقار أو منقول مملوك له. كما تنتقل أيضا الضمانات المقررة بحكم القانون كحقوق الامتياز، وما يتقرر بحكم

قضائى وهو حق الاختصاص. ويؤدى هذا الحكم إلى أن المدين الاصلى - بعد أن كان مدينا راهنا لبعض أمواله ضمانا لدين فى ذمته - أصبح راهنا لدين لم يعد في ذمته بل صار فى ذمة غيره وهو المحال عليه، وبالتالى **يضحى مركزه في حكم الكفيل العينى**، وهو ما يتحقق سواء كان التأمين رهنا اتفاقيا حيازيا أو رسميا، أو كان حق اختصاص بموجب حكم قضائى.

كذلك تبقى حقوق الامتياز، المقرره بموجب نصوص قانونية ضامنه لذات الدين رغم حوالته، خاصة وان هذه الحقوق يراعى فيها اعتبارات تتعلق بالدائن بصفة اساسية.

وأخيرا فإن من حق الدائن أن يستعمل كافة الوسائل القانونية التى يخولها القانون له لجبر المدين، ثم المحال عليه من بعده، على الوفاء بالدين، ومن ذلك حقه فى استعمال مُكنَة الحبس اذا توافرت له شروطها وضوابطها القانونية.

تحفظ فى شأن بقاء الضمانات المقدمة من الكفيل :

١٤٠ - قد يكون الدين المحال به مضمونا بتأمين مقدم من غير المدين، وهو فرض الكفالة بصورتيها الشخصية والعينية. فهل تنتقل هذه الكفالة مع الدين حال حوالته. تحفظت المادة ٣١٨/ ٢ مدنى فى هذا الشأن مقررة«**ومع ذلك لا يبقى الكفيل، عينيا كان او شخصيا، ملتزما قِبَلَ الدائن الا اذا رضى بالحوالة**».

ويقوم هذا التحفظ على اعتبار منطقى وعادل، فالكفالة يتقدم بها شخص ليس مدينا، إنما هو شخص متفضل غالبا بضمان سداد الدين، إما بذمته (الكفالة الشخصية)، وإما بتقديمه أحد أمواله رهنا لضمان الوفاء

(الكفـالة العينيـة). ولذلك فان تقـديم الكفالة يقـوم على صلة شـخصيـة بين الكفيل والمدين، ومن يقبل كفالة مدين تـربطه به صلة تقوم على الثقة والرغبة فى المساعـدة، قد لا يرضى بكفاله مـدين آخر هو المحال عليـه. وإعتبار الثـقة التى تستند اليـها الكفالة يظل قـائما حتى لو كـان الكفيل قد تخلى، فى عـقد الكفالة، عن حـقه فى الدفع بالتجريد بما يسـتدعى دائما **ضرورة موافقته على الحوالة حتى تظل كفالته قائمة بعد تمام هذه الحوالة.**

المبحث الثانى

حق المحال عليه فى التمسك بالدفوع

١٤١ - نصت المادة ٣٢٠ مدنى على أن للمحال عليه أن يتمسك قِبَلَ الدائن بالدفوع التى كان للمدين الاصلى ان يتمسك بها، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة».

ويعرض هذا النص **لوجهين للدفوع** التى يجوز للمحال عليه ان يتمسك بها في مواجهة الدائن ، يضاف اليهما **وجه ثالث** تقتضيه القواعد العامة. ونعرض للاوجه الثلاث على التوالى :-

الوجه الأول : تمسك المدين بالدفوع التى كان للمدين الاصلى ان يتمسك بها:

تنتقل إلى المحال عليه، مع انتقال الدين، كافة الدفوع التى كان للمدين الاصلى ان يوجهها الى الدائن. فالمحال عليه يحل محل المدين الاصلى فى مركزه القانونى كاملا من هذه الزاوية. ويترتب على ذلك أن للمحال عليه أن يواجه الدائن بكل الدفوع التى تتصل بصحه رابطة الالتزام من أساسها، وكذلك كل ما يؤدى إلى إنقضائها أو فسخها.

وبالتالى فإن للمحال عليه أن يدفع مطالبة الدائن له بأوجه الدفع الخاصة بالبطلان المطلق لعلاقة الالتزام، كأن يكون الالتزام باطلا لعدم مشروعية المحال او عدم مشروعية السبب. أما بالنسبة للدفع بالبطلان النسبى فأمره فيه شئ من التفصيل. ذلك أن القابلية للبطلان قد تعود الى سبب مرتبط بشخص المدين الأصلى، كنقص أهليته أو تعَيُّب إرادته باحد عيوب الارادة المنصوص عليها فى القانون المدنى. وفى هذه الأحوال يتقرر البطلان النسبى

لمصلحة من عيبت إرادته أو من كان ناقص الاهلية، ولا يجوز لغيره (المحال عليه) ان يتمسك بهذا الدفع. وفضلا عن ذلك فإن حوالة الدين بالإتفاق مع المدين يمكن أن تفسر، وبحق، على أنها إجازة منه للعقد القابل للبطلان.

ومن **ناحية أخرى** قد يتوافر للمدين الاصلى سبب من أسباب التمسك بالفسخ. وفى هذه الحالة ينتقل الالتزام إلى المحال عليه ومعه الحق فى التمسك بالفسخ لإخلال الدائن بالتزامه المقابل.

ومن **ناحية اخيرة،** قد يتوافر لعلاقة الالتزام سبب من أسباب إنقضائها، ومن ذلك ان الحوالة قد تتم بين الدائن والمحال عليه في وقت يكون المدين الاصلى قد وَفىَّ بالدين، وهنا يكون من الطبيعى ان يتاح للمحال عليه الدفع بانقضاء الدين بالوفاء. وكذلك إذا توافر سبب آخر من أسباب الانقضاء الأخرى. ولا يوجد فى هذا المقام سوى **تحفظ يتعلق بالدفع بالمقاصة**[1]. فالمقاصة حق لكل من طرفى الالتزام يجوز له أن يتمسك بها، وهى لا تقع الا إذا تمسك بها صاحب الحق فيها، وبالتالى يجوز له ان ينزل عن هذا التمسك (عملا بالمادة ٣٦٥ مدنى). لذلك فان امر الدفع بالمقاصة يختلف باختلاف صورتى انعقاد حوالة الدين. ففي الصورة التى تنعقد فيها الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه، يعتبر الاتفاق نزولا من جانب المدين عن التمسك بالمقاصة بما يحول دون المحال عليه والتمسك بها من جانبه. اما في الصورة الاخرى، والتى تتم فيها الحوالة بمنأى عن المدين، أى تتم باتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه، وقبل ان يتمسك المدين بالمقاصة، ففى هذه الحالة يبقى الدفع بالمقاصة قائما لمصلحة المدين الاصلى، اذا شاء التمسك به، فإذا فعل

---

(١) وكذلك ما يكون منها مرتبطا بشخص المدين كالدفع باتحاد ذمته مع الدائن.

انقضى الدين المحال به بالمقاصة وأمكن للمحال عليه ان يتمسك بهذا الانقضاء فى مواجهة الدائن. ويرى بعض الفقه[١] ان المحال عليه يستطيع بدوره ان يتمسك بالمقاصة التى توافرت للمدين قِبَل الدائن. ومن جانبنا لا نعتقد فى هذا الرأى، إذ ان تمام الحوالة يفصل تماما، فى رأينا، بين علاقة المحال عليه بالدائن من ناحية، وما قد يقوم من علاقات أخرى مالية بين المدين الاصلى والدائن من ناحية اخرى. وهو ما يؤدى الى ان الدفع بالمقاصة مقصور على المدين الاصلى دون المحال عليه، كل ذلك ما لم يتفق على خلافه صراحة او ضمنا. **ويأخذ حكم المقاصة في هذا المقام حق المدين الاصلى فى التمسك بالحبس**، فهو حق يتعلق بارادته الشخصية ويتصل بمركز مالى مستقل عن حوالة الدين، وبالتالى يجب ان يبقى مقصورا على المدين الاصلى.

الوجه الثاني: حق المحال عليه في التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة :

تتم الحوالة باتفاق فى صورتيها، سواء باتفاق بين المدين والمحال عليه يقره الدائن، او باتفاق بين هذا الأخير والمحال عليه. ولذلك فان للمحال عليه ان يتمسك، فى هذين الفرضين، بكافة الدفوع المتعلقة بهذا الاتفاق، كالدفع ببطلان عقد الحوالة بطلانا مطلقا لانعدام الارادة او لعدم مشروعية المحل او السبب. كذلك للمحال عليه ان يتمسك بأى عارض يؤدى الى عدم نفاذ الالتزام لتعليقه على شرط واقف تأكد تخلفه، او زوال الحوالة لتعليقها على شرط فاسخ تأكد تحققه.

(١) راجع ما ورد فى مجموعة الاعمال التحضيرية -٣- ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

الوجه الثالث: الدفع المتعلق بسبب الحوالة بين المدين والمحال عليه:

قد ترتبط الحوالة بسبب لولا وجوده لما تمت الحوالة، على نحو لا يمكن الفصل فيه بين هذه الحوالة وذلك السبب. ومن الأمثلة التى طرحتها المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى حالة من إذا بيع محل تجارى، أو بيع عقار، مع حواله الديون المضمونه برهون عقارية على المشترى، فان الحوالة تعتبر شق من البيع». حيث يعرض هنا وضع مركب، فعلاقات المدينين هى التى تعتبر سببا قانونيا لالتزام المحال عليه قِبَلَ الدائن، ولو قيل بغير ذلك لندر أن يتصدى شخص لتحمل دين عن شخص آخر في مثل هذه الحالة. وللمحال عليه وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ (من المشروع والتى آل مصيرها الى الحذف)، ان يحتج على الدائن بالدفع بعدم الوفاء إستنادا الى تخلف الاصيل عن الوفاء بالتزامه فى بيع عُقِدَ بينهما، وله كذلك ان يحتج عليه بالتقايل فى هذا البيع. على ان يُشترط للتمسك بمثل هذه الدفوع ان يكون الدائن- والمفروض ان يظل بمعزل عن الحوالة - قد علم بشروطها..»(١). وهذا الحكم لا مجال لتطبيقه فى حالة الحوالة التى تتم بين الدائن والمحال عليه مباشرة بمعزل عن المدين الاصلى، ففى هذه الحالة تكون الحوالة مستقله عن رابطه المدين بالمحال عليه، ولا يكون لهذا الاخير بالتالى ان يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التى كانت تربطه بالمدين الاصلى.

ويلاحظ ان هذا الحكم - الخاص بحالة ان علاقة المدينين هي السبب القانونى لالتزام المحال عليه قبل الدائن - يعبر عن ربط منطقى، ويتفق مع القواعد العامة في نظرية السبب. وبالتالى فإن من حق المحال عليه ان يتمسك

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية -٣- ص ١٥٤، ١٥٥.

ببطلان الحوالة لانعدام السبب، كأن يفسخ بيع العقار أو المتجر. وهذا الحل لا يمثل اى تجاوز على حقوق الدائن، اذ انه قائم على فرض أن الدائن كان يعلم بالسبب الذى يقف خلف الحوالة، ومدى إرتباطه بها على نحو يتعذر معه الفصل بينها، وبالتالى كان على علم بمدى أهميته.

وهذه الاعتبارات لا تقوم فى فرض الحوالة بالاتفاق مع الدائن، وبمنأى عن المدين. ففى هذه الحالة الأخيرة يتجرد إلتزام المحال عليه عن اية علاقة تتصل بالمدين الذى، بحكم هذا الفرض، لم يكن طرفا فى حوالة الدين.

المبحث الثالث

ضمان المدين يسار المحال عليه

١٤٢ - يختلف وضع الضمان المشار اليه باختلاف صورتى حوالة الدين. ففى إحداهما تتم **الحوالة باتفاق الدائن مع المدين المحال عليه**، أى تتم بمنأى عن المدين الاصلى. وفي هذه الحالة لا ضمان على هذا المدين الاصلى، إذ ان الدائن هو الذي اختار مدينه الجديد، المحال عليه، على مسئوليته عسراً أو يسرا. وتبرأ ذمة المدين بهذه الحوالة، والدائن وحظه فى شأن إحتمالات يسار المحال عليه أو إعساره.

ويختلف الأمر فى **الصورة الثانية لحوالة الدين، والتى تتم فيها هذه الحوالة بمنأى عن الدائن، أى باتفاق بين المدين الاصلى والمحال عليه**. وقد عرضنا إلى أن هذه الحوالة صحيحة نافذة بين طرفيها من وقت الاتفاق. ولكنها لا تنفذ في حق الدائن الا اذا أقرها. ولذلك جاء حكم ضمان يسار المحال عليه فى المادة ٣١٩ مدنى مقررا أن المدين يضمن هذا اليسار وقت إقرار الدائن لحوالة الدين: «يضمن المدين الاصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت إقرار الدائن للحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك».

ويقرر هذا النص **من ناحية أولى،** أن المدين الاصلى يضمن من حيث المبدأ يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن للحوالة[1]. وفضلا عن تقرير المبدأ فان النص يحدد **وقت الضمان بانه وقت الاقرار**. ومعنى هذا التحديد الأخير، أن الضمان قائم في هذا الوقت دون تراخ، وهو ما يلزم الدائن بالمطالبة

---

(١) وهذا الضمان مقرر بالتالى بحكم نص المادة ٣١٩ مدنى ولا حاجة الى الاتفاق عليه، والنص يعبر فيه عن ارادة مفترضه لدى الاطراف.

الفورية بالوفاء، دون تأخير. وتبرأ ذمة المدين الاصلى من الضمان ما دام ان المحال عليه كان موسرا حال إقرار الدائن للحوالة، ولا يسأل بالتالى عن هذا الضمان اذا أعسر المحال عليه في وقت لاحق للإقرار، ونتيجة تأخر الدائن فى المطالبة. ويؤدى تطبيق هذه القاعدة الى إختلاف وجه الضمان فى حالة الدين الحال الأداء عند إقرار الدائن عنه فى حالة الدين المؤجل الى وقت لاحق لهذا الاقرار. ففي هذه الحالة الاخيرة يقتصر الضمان أيضا على يسار المحال عليه عند الاقرار، ولكنه لا يمتد إلى أبعد من ذلك ليصل الى ضمان اليسار عند حلول اجل الدين.

ومن **ناحية اخرى** فان القاعدة السابقة، ليست متعلقة بالنظام العام، إذ يجوز الاتفاق على غيرها. وهو ما افصحت عنه المادة ٣١٩مدنى.

وقد يكون الاتفاق فى معنى التخفيف، بأن يتفق مع الدائن علي ان المدين الاصلى لا يضمن حتى يسار المحال عليه وقت نفاذا لحوالة، أو فى أى وقت لاحق، مثل وقت حلول أجل الدين المؤجل. فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، على التخفيف، بقى الأمر على أصل حالة المقرر بالمادة ٣١٩ مدنى. ويلاحظ ان مجرد علم الدائن، وقت اقراره للحوالة، بأن المدين معسر، لا يقوم بذاته مقام الاتفاق على الاعفاء من الضمان، وإن كان قد يؤخذ عليه كقرينة على النزول عن الضمان إذا إستظهر القاضى نيته في ذلك من ظروف وملابسات واضحة الدلالة على هذا المعنى.

وعلى العكس مما سبق **قد يتخذ الاتفاق على الضمان مظهر التشديد فيه**. ومن ذلك أن يتفق على أن المدين الاصلى يضمن يسار المحال عليه لا وقت الاقرار فحسب، بل وايضا وقت حلول اجل الدين الذى لم يكن قد حل أجله عند إقرار الدائن للحوالة.

واذا تحقق الضمـان، سواء على خلاف المبدأ المقـرر بالمادة ٣١٩ مدنى، أو خلافا له بـالاتفاق على التشديد، وجب هذا الضـمان على المدين الاصلى. على أن هذا الأخير **يقف من الضمان موقف الكفيل**. ويترتب على هذا المنطق ان الدائن لا يرجع عليـه الا بعـد ان يثبت أنه رجع علـى المحال عليـه فوجـده معـسراً. وبالتالى فليس للدائن أن يرجع عـلى المدين الاصلى إبتداءً، لان هذا المدين الاصلى لم يعد مدينا، وإقـتصر موقفه على حدود الـضمان عند ثبوت إعسار المحال عليه[1]. والمدين الاصلى فى ذلك كالكفـيل فى أحقيـته بالدفع بتجريد المحال عليه أولا قبل الرجوع عليه شخصيا.

---

(١) وان كانت لا تطبـق فى حقه الاحكام الاخـرى للكفالة، كـالالتزام بارشـاد الدائن عن اموال للمحال عليه تكفى لسداد الدين.

القسم الثالث

تنفيذ الالتزام

تمهيد : ضمانات حصول الدائن على حقه:

١٤٣- يتمتع الدائن بعدة ضمانات لاستيفاء حقه من المدين. وتقوم هذه الضمانات **أولا** على فكرة الضمان العام الذى يمثله الجانب الايجابى فى ذمة المدين للوفاء بالالتزامات القائمة فى الجانب السلبى من هذه الذمة، أى ما عليه من ديون[١]. وهو ما عبرت عنه المادة ٢٣٤/ ١ مدنى بأن «جميع أموال المدين ضامنه للوفاء بديونه، وأن الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم التقدم طبقا للقانون».

ومعنى ذلك أن جميع الدائنين يتمتعون بهذا الضمان العام أيا كان مصدر الالتزام الخاص بكل منهم، يستوى أن يكون المصدر عقديا أو غير عقدى.

ويتسم هذا الضمان العام، **من ناحية أولى**، بأنه ينصب على مجمل محتويات الذمة المالية، وليس على كل مفرد من مفرداتها على حدة. وبالتالى تبقى للمدين حرية التصرف المالى سواء باكتساب حقوق جديدة تضاف إلى الجانب الايجابى فى ذمته، سواء بإخراج بعض الحقوق مما يؤدى إلي افتقار هذا الجانب الايجابى، واختلال التوازن، بالتالى، بينه وبين الجانب السلبى (الالتزامات).

ومن ناحية ثانية فان مبدأ المساواة بين الدائنين أمام الضمان العام يعنى أن ليس لأحدهم، بصفتهم دائنين عاديين، أفضلية على غيره. وعند التزاحم وعدم كفاية أموال المدين للوفاء بما عليه من التزامات، فان مبدأ المساواة يقتضى قسمة أموال المدين المتحصلة من الحجز عليها وبيعها بالمزاد، قسمة غرماء، أى أن يحصل كل منهم بنسبة حقه إلى حقوق الاخرين.

---

(١) راجع: محمد لبيب شنب، نظرية الالتزام، أحكام الالتزام ١٩٩٤م رقم ٨٠، محمد على عمران، الوجيز فى آثار الالتزام، ص٦٨، جلال ابراهيم، أحكام الالتزام، ١٩٩٦، رقم ٧٦، فتحى عبد الرحيم، أحكام الالتزام، مكتبة الجلاء بالمنصورة رقم ٦٩، شكرى سرور، أحكام الالتزام، ١٩٨٥، رقم ٩١، طلبه وهبه، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، رقم ٦٨.

ومن **ناحية ثالثة**، فـان حـرية المدين فى التـصـرف فى أمـواله، رغم مديونيتـه، مشروطه بانتفـاء الغش أو سوء النية من جانبـه فى حق دائنيه. فاذا توافـر هذا الغش فان القـانون يضع تحت يد الدائنين مـجمـوعة من الوسـائل بمقدروهم عن طريقها درء هذا الغش- بل والاهمـال أحيانا- والمحافظة على مكونات الضمان العـام، توسلا إلى سهولة استـيفاء حقوقهم، وتجنبـا لاعسار المدين أو زيادة إعـساره. ومن تلك الوسـائل نظام الإعسـار المدنى، والحق فى الحبس، والدعاوى التى يخولها القانون للدائنين فى بعض الحالات كالدعوى البوليصية، ودعوى الصورية، والدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة.

- **ومن ناحيـة رابعة**، فـان هذا الضمـان العام، المشـار اليه، لا يمتـد إلى بعض أمـوال المدين، والتى تخـرج من نـطاقـه، ولا يجوز لـلدائنين، بالتـالى، الحجـز عليهـا. فهناك من الحـقوق مـا يخرج عن هذا الضـمان العـام، بحكم طبيعته، ومن ذلك الحقوق التى تتصل إتصالا وثيقا بشخص المدين، على نحو لا يجـور للدائنين أن ينوبـوا عنه فى إسـتـخدامـهـا عن طريق الدعـوى غـيـر المباشرة، حتى لو كـان فى استخدامها ما يعود عـليهم بنفع مالى، سواء بزيادة حقوقـه أو بانقاص التزاماته. وقـد نصت على هذا المعنى المادة ٢٣٥/ ١ مدنى عندما قررت أن لكل دائن ولو لم يكن حقه مـستحق الاداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منهـا متصلا بشخصه خاصة، أو ان يطلب نيابة عنه الوفاء بنفـقه مستحقه له قبل شـخص آخر، أو الرجوع فى هبه سبق أن أتمها.

وخروج الامـوال التى لا يجوز الحجز عليـها عن نطاق الضمـان العام يعود إلى أن وسـيلة الدائنين فى الحصـول على حقوقـهم هى الالتزام بقـواعد قانون المرافعات فى شأن التنفيذ، وهى تقـتضى إتباع مجموعة من الاجراءات

التى تنتهى بالحجز على الاموال وبيعها بالمزاد العلنى، ثم قسمه ما يتحصل من ثمنها على الدائنين[١]. فاذا كان الحجز ممتنعا على مال معين فان الضمان العام لا يشمله.

وقد يعود امتناع الحجز على مال معين لسبب تعاقدى. ففى اطار الهبة أو الوصية، قد يضع الواهب أو الموصى. على عاتق المستفيد شرطا بالمنع من التصرف فى المال لمدة معينة ولسبب مشروع. وهو ما اجازته المادة ٨٢٣ من القانون المدنى «١ - اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة»...» ثم أضافت المادة ٨٢٤ مدنى انه «اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحا طبقا لاحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا». والواضح فى هذه الحالة أن المال قد دخل إلى ذمة المدين محملا بشرط المنع من التصرف، وبالتالى فان الدائنين لم يعولوا عليه فى ضمانه العام، وليس لهم بالتالى ان يتضرروا من عدم جواز الحجز عليه، خاصة وان المنع من التصرف لم يكن بارادة المدين انما كان بارادة من نقل اليه المال المشار اليه.

ومن ناحية أخرى فقد يحظر القانون الحجز على أموال محددة بعينها فى نصوصه. ومن التطبيقات الهامة، فى هذا الخصوص، ما تضمنته نصوص

---

(١) وقد قدر المشرع أن هذه الاجراءات هى وحدها الكفيلة بحماية الدائنين وتحقيق المساواة بينهم، كما أنها تمنع المدين من ان يجامل بعض دائنيه على حساب بعضهم الآخر. كما أن هذه الاجراءات تتضمن حماية للمدين نفسه حيث تكفل له بيع امواله باعلى ثمن ممكن عن طريق المزاد، وبالتالى فلا يجوز للمدين ان ينزل مقدما عن هذه الاجراءات، خاصة وأن جانبا منها يستهدف حماية وسائل الائتمان الجارية بين الناس، أى أنها تتصل جزئيا بالمصلحة العامة الائتمانية، وينبنى على ذلك بطلان كل اتفاق مسبق على بيع اموال المدين، عند حلول اجل الدين، دون اتباع الاجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات.

قانون المرافعات المصرى من عدم قابلية بعض الاموال للحجز عليها. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٩ مرافعات من أنه لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع، وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة والنصف الآخر لما عداه من ديون»، ويكمل هذا النص ما ورد فى المادة ٤٤ من قانون العمل رقم١١٢ لسنة ٢٠٠٣ من حظر الحجز أو النزول عن الأجور المستحقة للعمال الخاضعين لاحكام هذا القانون، وفقا للضوابط التى وردت فى هذا النص (والتحديدات الوادرة فى قانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ فى شأن تعديل بعض أحكام النفقات ثم القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى شأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية)[1].

- وإلي جانب من نص عليه قانون المرافعات توجد نصوص اخرى متفرقة فى قوانين خاصة. ومن هذا القبيل ما نص عليه القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٠ فى شأن حماية حقوق الملكية الفكرية من أنه لا يجوز الحجز على حق المؤلف وإنما يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين على المنشور أو المتاح للتداول من مصنفاتهم (م ١٥٤من القانون). أيضا ما نصت عليه المادة ١٦ من قانون الاصلاح الزراعى ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ من حظر الحجز على الاراضى التى استولت عليها الدولة وقامت بتوزيعها على صغار الفلاحين فى مقابل ثمن مقسط. أيضا ما نصت عليه المادة ٢٠ من القانون ٨٦ لسنة ١٩٥٤ من حظر الحجز تحت يد مصلحة البريد فى صندوق توفير البريد على ما يودع فى هذا الصندوق من ودائع، والمادة ٢١ من القانون ٨ لسنة ١٩٦٥ فى شأن شهادات الاستثمار والتى تحظر الحجز على قيمة هذه الشهادات أيا كان نوعها

(١) راجع: فى تفاصيل الاشياء التى لا يجيز قانون المرافعات الحجز عليها وضوابطها: المواد ٣٠٥ وما بعدها: وفى الموضوع عموما: فتحى والى، التنفيذ الجبرى، رقم ١١٩ وما بعدها، عبد الباسط جميعى، مذكرات فى التنفيذ، ص ١٠٠، عزمى عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبرى، ١٩٨٤، ص ٢٩٨ وما بعدها.

أو على ما تغله من فائدة أو جائزة أو على قيمة استردادها واستحقاقها الا فيما يجاوز خمسة الاف جنيه، والمواد ٢٩ و ٣٠ من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن اعضاء مجلس الشعب والتى تحظر التنازل أو الحجز على المكافآت التى يتقاضاها عضو المجلس، وكذلك المبالغ التى تدفع له ليتمكن من مباشرة مهام العضوية كالبدلات ومصاريف السفر والانتقال (وذات الحكم بالنسبة لاعضاء مجلس الشورى. (م ١٩/ ٢ و ٢٤ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ فى شأن مجلس الشورى).

وأخيرا فهناك بعض الإعتبارات المتعلقة بالحق فى الخصوصية والتى يجد فيها بعض الفقه مانعا من الحجز، ومن ذلك عدم جواز الحجز على المذكرات والخطابات الشخصية، حيث ترتبط هذه المراسلات والاوراق بشخص صاحبها إرتباطا وثيقا يستوجب قدرا وافرا من السرية وبالتالى من الاحترام الذى يحول دون الحجز عليها[1].

المسار الاجرائى للتنفيذ الجبرى على أموال المدين:

١٤٤ - نظم قانون المرافعات إجراءات الحجز على اموال المدين وفق ضوابط وشروط محددة نلخصها فيما يلى:-

- ان التنفيذ الجبرى لا يكون الا بموجب سند تنفيذى اقتضاءً لحق محقق الوجود معين المقدار وحال الاداء، ولا بد ان يحمل هذا السند التنفيذى الصيغة التنفيذية. ومعنى ذلك ان يكون حق الدائن على قدر من الوثوق والتأكيد بما يستحق معه الشروع فى التنفيذ الجبرى على أموال المدين. وشمول السند بالصيغة التنفيذية إنما هو نتيجة منطقية وقانونية لاستيفاء شروط الاستحقاق وفق ما سبق ذكره. وقد عددت المادة ٢٨٠ مرافعات السندات

---

(١) راجع : أحمد ابو الوفا، ص ٢٩٨.

التنفيذية مقررة انها الاحكام[1]» والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح، والاوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة»، «ولا يجوز التنفيذ فى غير الاحوال المستثناه بنص القانون الا بموجب صورة من السند التنفيذى عليها صيغة التنفيذ الآتية: «على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر اليه متى طلب منها وعلى السلطات المختصة أن تُعِينَ على إجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب اليها ذلك».

وقد استوجبت المادة ٢٨١ مرافعات ضرورة أن يسبق التنفيذ إعلان السند التنفيذى لشخص المدين، أو فى موطنه الاصلى وإلا كان باطلا...» «ولا يجوز إجراء التنفيذ الا بعد مضى يوم على الاقل من إعلان السند التنفيذى». كذلك نظم قانون المرافعات، بعد ذلك، إجراءات الحجز على المنقول، حجزاً تحفظيا (مواد ٣١٦ حتى ٣٥٢) ثم الحجز التنفيذى على المنقول (مواد ٣٥٣ حتى ٣٠٠ مرافعات)، ثم الحجز التنفيذى على العقار. (مواد ٤٠١ مرافعات وما بعدها).

وبعد تلك الوجازة العاجلة عن الضمان العام، والتنفيذ الجبرى على مفرداته، نعود فيما يلى الى تتبع احكام التنفيذ العينى. ونبدأ بعرض الوسائل التى وضعها النظام القانونى بيد الدائن لكى يحافظ مبدئيا على حقوقه من خلال المحافظة على الضمان العام لمدينه. ثم نتبع ذلك بالوسائل القانونية التى أجازها القانون للضغط على المدين لكي يدفعه الى التنفيذ، وفى نهاية المطاف نعرض للتنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل.

---

(١) يلاحظ أن الحكم الواجب التنفيذ هو الحكم النهائى الذى استنفد طرق الطعن العادية، ومع ذلك فهناك حالات يُشمل فيها الحكم غير النهائى بالنفاذ المعجل إما بحكم القانون أو بأمر من القضاء. (راجع : مواد ٢٨٧ وما بعدها من قانون المرافعات).

الباب الأول

وسائل الدائن للمحافظة على الضمان العام للمدين

١٤٥- اشرنا فيما سبق إلى أن مفهوم الضمان العام المنصوص عليه فى المادة ٢٣٤ من القانون المدنى لا يكفى لتأمين الدائن ضد مخاطر إعسار المدين. ذلك ان هذا الضمان لا يحول بين المدين وأن يتصرف فى مفردات ذمته المالية، كلما اراد، بمحض مشيئته واختياره، أو كلما اضطرته ظروف الحال إلى مثل هذا التصرف. وقد يصل به الأمر، نتيجة لتكرار تصرفاته، إلى اعساره أو زيادة إعساره، بما يضر بمصلحة الدائنون ويضطرهم إلى قسمة أمواله قسمة الغرماء، فلا يحصل - كل منهم من حقه إلا بنسبة هذا الحق إلي حقوق الدائنين الآخرين. وقد وضع المشرع تحت يد الدائن عدة وسائل قانونية للمحافظة على الضمان العام، وأهمها الدعوى غير المباشرة (ونلحق بها الدعوى المباشرة)، ودعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، ودعوى الصورية، ونظام الاعسار المدنى، ونعرض لهذه الموضوعات[١] فى الفصول التالية.

---

(١) راجع : توفيق فرج، أحكام الالتزام ١٩٨٥، ص ٥٤، جلال العدوى، أصول الالتزام والاثبات، ١٩٩٦، ص ١٠٢ وما بعدها، طلبه وهبه، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون رقم ٦٨.

الفصــل الأول

الدعوى غير المباشـــرة

١٤٦- قد يهمل المدين فى المحافظة على بعض عنـاصر الضمان العام. فقد تسوء حالته المالية ويقدر أن امـواله لم تعد كافية للوفاء بما عليه من ديون، فيستـبد به الإهمال[1] أو اليـأس، فيـتـقاعس عن الدفـاع عن حـقوقـه أو عن المطالبة بماله منها قِبَلَ الغير. وقد حاولت النظم القانونية منذ زمن قديم أن تجد علاجـا لهذه المشكـلة على نحو يمكن الدائنين من إتخـاذ الاجراءات الكفـيلة بالمحافظة على حقوق هذا المدين. فـمنذ القانون الرومانى، كان من حق الدائن الذى بيده سند واجب التنفـيذ أن يطلب تعييـنه مصفيا لأمـوال المدين المعسر. فاذا تم هذا التعـيين كان له أن يتسلم أموال المدين جميعهـا لتصفيتها، على ان توزع نتيجة هذه التصفية على الدائنين وفق قسمة الغرماء. وفى القانون المدنى الفرنسى القديم تغـير الوضع وأجاز لكل دائن- بدلا من التصفيـة العامة- أن يتخذ إجراءات فردية مستعملا حـقوق مدينة قِبَلَ الغير، باعتبار أن لكل واحد منهم مصلحة فى المحافظة على عناصر الضمان العام للمدين. ثم جاءت المادة ١١٦٦ من القـانون المدنى الفـرنسى واعطت للدائنين مـكنه ممارسـة الحقـوق والدعاوى الخاصة بمدينهم، فيما عدا ما كان متصلا بشخصه. وقد حذت المادة ٢٣٥ من القـانون المدنى المصـرى حذو صنوها فى القـانون الفـرنسى فنصت على ان (١) لكل دائن ولو لم يكن حـقـه مسـتحق الأداء أن يسـتعـمل باسم مدينه جميع حقـوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلا بشخـصه أو غير قابل للحجـز عليه». وواضح من هذا النص الأخيـر أن الدائن انما يستعمل حـقوق مديـنه، نيابة عن هذا المدين، فـهو لا يَمْـثُلُ، فى أى اجراء يـتخـذه، أو دعوى

(١) راجع : محمد على عمران، السابق، ص ٢٧١، محمد شكرى سرور، موجز الاحكام العامة للالتزام، ١٩٨٤ سنة ١٩٨٢، وقم ٩٢ وما بـعدها، سعيد جـبر، أحكام الالتزام ١٩٩٨، ص ١٢١ وما بعدها.

يقيمها أصيلا عن نفسه، بل نائبا، بحكم القانون، عن مدينه. وهذا المنطق المبدئى هو الذى يحكم مسار الدعوى ونتائجها القانونية.

١٤٧- **ومن ناحية أخرى** فان إستعمال الدائن حقوق مدينه لا يكون بالضرورة فى صورة دعوى قضائية مبتدأة يرفعها نيابة عنه، إنما قد يتخذ صورا أخرى غير الالتجاء إلى القضاء. ومن هذا القبيل أن يبادر الدائن إلى تسجيل عقد إشترى المدين بموجبه عقارا، حتى تنتقل ملكية هذا العقار إلى هذا المدين، أو إتخاذ إجراءات قيد رهن لمصلحة المدين حتى يحتج به على الغير، أو تجديد قيد رهن حتى يستمر الرهن نافذا، أو إعلان حكم صدر لمصلحة المدين، أو الطعن فى حكم صدر ضده. ورغم شمول مُكْنَة الدائن لمثل هذه الاجراءات التى، لا تمثل بالضرورة دعوى قضائية مبتدأة[1]، فان الصياغات الفقهية والقانونية قد جرت على استخدام تعبير الدعوى غير المباشرة للتعبير عن هذه الحالات، بالاضافة إلى حالات رفع دعوى مبتدأة بالمعنى الفنى الصحيح.

أما أن يرفع الدائن دعوى نيابة عن مدينه، فهذا هو الوجه الغالب فى الموضوع. والأمثلة كثيرة على ذلك، منها ان يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد شراء عقار إشتراه المدين، أو ان يرفع نيابة عن المدين، بصفته بائعا، دعوى المطالبة بالثمن أو بما تبقى منه، أو دعوى بفسخ عقد بيع لعدم وفاء المشترى بالثمن. أو أن يرفع عنه دعوى بالاستحقاق على حائز عقار مملوك للمدين. أو أن يطالب نيابة عنه بنصيبه في ميراث آل اليه، أو ان يقوم المدين بعمل من أعمال الفضالة فيرفع دائنه دعوى نيابة عنه يطالب فيها رب العمل بسداد ما انفقه الفضولى من نفقات ضرورية ونافعة، أو مطالبة مدين المدين برد قرض سبق أن اقترضه... الخ. ويلاحظ، فى هذا المقام، أن الدعوى هى دعوى غير

(١) راجع: محمد شكرى سرور، السابق، رقم ٣، مصطفى عدوى، أحكام الالتزام، ١٩٩٣، ص ١٢٠ وما بعدها.

مباشرة بالمعنى الصحيح. ذلك انه، وكما سبق أن أشرنا، يتخذ الدائن الإجراء، أو يرفع الدعوى، لا باسمه الشخصى ولكن باسم مدينه ونيابة عنه، فضلا عن النتيجة الايجابية للدعوى، أو للاجراء، إنما يصب فى ذمة المدين، وليس فى ذمة الدائن. وبالتالى فان الدائن يستفيد من هذه النتيجة، على قدم المساواة، مع غيره من الدائنين، فيما تحققه تلك النتيجة من إثراء أو حماية للضمان العام، الذى هو مَوْئلُ الدائنين، فى نهاية المطاف، لاستيفاء حقوقهم.

١٤٨- **ومن ناحية ثالثة**، فان الدعوى غير المباشرة، لا تمثل، نزولا على المعانى السابقة، عملا من أعمال التنفيذ على أموال المدين، فهى، عملا وقانونا ليست تنفيذا على أموال المدين أو على المال التى تستهدف المحافظة عليه. فضلا عن ان المادة ٢٤٥ مدنى تخول للدائن مُكْنَةَ إستخدام هذه الدعوى ولو لم يكن حقه مستحق الأداء. ولهذا السبب الاخير فإن هذه الدعوى لا تعد أيضا إجراءً تحفظيا على أموال المدين، لان الدائن لا ينتهى به المطاف إلى التحفظ على المال أو الى تقييد حرية المدين فى التصرف فيه، رغم رفع الدعوى، ورغم كسبها فى نهاية الامر. وغاية ما يستفيد به الدائن هو عودة المال إلى الضمان العام، بما يحقق مكسبا له ولغيره من الدائنين، وعلى قدم المساواة، كما سبقت الاشارة.

لكل ذلك فان نظام الدعوى غير المباشرة هو تدخل مشروع، ومُقيدٌ من جانب الدائنين فى حرية المدين وشئونه المالية الشخصية، وهو تدخل إقتضته مصلحة الدائنين ومصلحة المدين، وتبرره إعتبارات أهمها تقاعس هذا المدين عن المطالبة بحقوقه قبل الغير أو إهماله فى الدفاع عنها[1].

---

(١) يلاحظ أن هذه الدعوى ليست دعوى احتياطية، بمعنى أنه لا يشترط لممارستها الا يكون للدائن طريق آخر للدفاع عن الضمان العام للمدين.. فالدائن قد يلجأ إلى هذه الدعوى أو إلى أى دعوى أخرى يتيحها له القانون للدفاع عن مصالحه.

وأخيرا فان الدعوى غير المباشرة، على النحو السابق، لا تعد أنجح الوسائل التى يلجأ اليها المدين حماية لحقوقه، بل أن له ان يلجأ إلى وسائل اخرى تَفْضُلُ الدعوى المذكورة. ومن ذلك ما تخوله المادة ٨٤٢ مدنى من حق دائن كل شريك على الشيوع أن يعارض فى أن تتم القسمة عينيا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخله.. وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء.. ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم...». وكذلك حق الدائن أن يتدخل خصما ثالثا فى الدعاوى التى ترفع من المدين أو عليه، وفقا لقانون المرافعات، وحتى يتسنى له ان يراقب الدعوى ويحافظ على الضمان العام. وحق الدائن فى توقيع الحجز التحفظى على ما للمدين لدى الغير، اذا توافرت الشروط التى ينص عليها قانون المرافعات.. وكذلك الحجز التحفظى على أموال ومنقولات المدين، كالحجز الذى يوقعه المؤجر على أمتعة أو منقولات المستأجر ضمانا لاستيفاء الاجرة... الخ، ومع ذلك فإن هذه الاجراءات التحفظية قد تبدو متعذرة فى بعض الحالات لتخلف بعض الشروط القانونية اللازمة، فلا يبقى للدائن إلا أن يلجأ لطريق الدعوى غير المباشرة.

ونعرض فيما يلى لنطاق استعمال الدائن لحقوق مدينه (الدعوى غير المباشرة)، ثم لشروط إستعمال الدعوى غير المباشرة، واخيرا للآثار التى تترتب على كسب الدائن لهذه الدعوى.

المبحث الأول

نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة

١٤٩- أشرنا فيما سلف إلى أن للدائن أن يستعمل، باسم مدينه، جميع حقوق هذا المدين «**إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز عليه**» (م ٢٣٥ مدنى) وبالتالى فان هذا النوع من الحقوق لا يجوز للدائن أن يستعمله نيابة عن مدينه.

ومن **ناحية أخرى** فلا مجال لهذا الاستعمال إلا اذا كان المدين قد أهمل فى استعمال حقوقه، فاذا كان قد نهض من تلقاء نفسه إلى هذا الاستعمال فلا مجال لتدخل الدائن فى شئونه الشخصية(١).

ونعرض لكل من هذين الأمرين فيما يلى:-

المطلب الأول

لا يجوز للدائن أن يستعمل حقوق المدين المتصلة بشخصه خاصة

١٥٠- لاحظ المشرع أن هناك من الحقوق ما يرتبط بشخص المدين إرتباطا وثيقا، ولذلك كان تعبير المشرع عنها بانها تلك «**المتصلة بشخص المدين خاصة**». ويرجع هذا التحديد إلى أن استعمال بعض هذه الحقوق يقتضى تقديرا شخصياً بحتا من جانب المدين صاحب هذه الحقوق، وبالتالى لا يجوز للدائن، بل ولا يقبل منه أدبيا، أن يحل محل المدين فى هذا التقدير الشخصى.

غير أن الصعوبة قد تثور أحيانا فى شأن وضع معيار للتمييز بين الحقوق التى تتصل خاصة بشخص المدين، فيمتنع على الدائن ممارستها، وتلك التى لا يتوافر لها هذا الوصف، فينفتح باب إستعمالها أمام الدائن؟.

(١) راجع: عبد المنعم البدراوى، أحكام الالتزام، رقم ١١٩ وما بعدها، محمد على عمران، السابق، ٧٢، طلبه وهبه، السابق، رقم ٧٠.

لا يوجد تعـريف محـدد يفصل بين هذين النوعين من الحـقوق. ولكن توجد تعـريفات عـامة وتقريبـية مع ذكر الأمـثلة. ومن هذا القبـيل ما ورد فى مذكـرة المشروع التمـهيدى للقـانون المدنى المصرى من أنه يشـترط «أن يكون الحق الذى يستـعمله الدائن باسم المدين داخلا في الضـمان العام لدائنيـه فاذا كان متصلا بشخص المدين على وجه التخصيص والإفراد... فاستعمال الدائن له لا يجديه فتيلا». أو أن يـكون الحق ذو طابع شخصى وعائلى، مما يؤثر على تقـدير صاحب الشـأن فى إستـعـماله، ويخـرج بالتـالى عن سلطة الدائن فى استعمال حقوق مدينه.. فاذا استـبان للمحكمة هذا الوجه فان هذا الاستعمال يكون حكرا على صاحب الحق أو ورثته دون غيره[١].

١٥١ - **ويضيف جانب من الفقه** ان هذه المعايير تنطبق على الحقوق غير الداخلة فى الذمـة الماليـة، **كدعاوى الحالة الشـخصية**، وهى تخـرج من نطاق الدعوى غير المباشرة ليس لانها لا ترتب آثارا مالية (فهى ترتب هذه الآثار فى بعض الحالات)، ولكن لأن ممارسـتها إنما تخضع لقرار ذاتى يقـوم على تقدير شخصى ومعنوى لا يملكه سـوى صاحب الحق. ومن ذلك دعوى التطليق، أو دعوى إثبات النسب أو نفيه[٢]. ويلاحظ أن وصف الحق بانه يتـصل بشخص المدين هى مـسألة مـوضوعيـة تتصل بطبيعـة الحق ذاته، ولا تتوقف عـلى ما يضفيه الدائن عليه مسبقا من وصف قد لا يكون صحيحا.

---

(١) محكمة السين Seine فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ جازيت دى باليه ١٩٥١-١-١٤٣.

(٢) راجع: مع ذلك يجـوز للدائن أن يتـمسك ببطـلان زواج مدينه بطلانا مـطلقا، اذا كـانت له مصلحـة ماليـه فى ذلك باعتـبار ان التمـسك بالبطلان المطلق جـائز لكل صاحب مـصلحة، وللنيابة العامة ان تطلبه، وللمحكمة ان تقـضى به من تلقاء نفسها، راجع: مازو وشابا، ودى جوجلار، النظرية العامة للالتزامات، ط٨، رقم ٩٦٣.

كذلك الحال بالنسبة **للحقوق والدعاوى** ذات الصبغة المالية والتى **يتوقف استعمالها على اعتبارات ادبية لدى المدين، كالحق فى الرجوع فى هبة** لسبب من اسباب الرجوع التى يجيزها القانون المدنى، ومنها جحود الموهوب له فى بعض الحالات، وفقا للمواد ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدنى. فمثل هذا الرجوع يتوقف لدى المدين على تقريره لاعتبارات أدبية بحته[1]. وفى نطاق المسئولية المدنية يجوز للدائن ان يرفع نيابة عن مدينه دعوى المطالبة بتعويض عن الضرر المادى الذي اصاب الذمة المالية لهذا المدين، يستوى فى ذلك الضرر الذى أصاب أموال المدين والضرر الذى لحق بعصمه جسمه أو إنتقص من قدرته على العمل بصفة مؤقته أو بصفة نهائية. ولكن الدائن لا يملك أن يرفع عن مدينه دعوى بالمطالبة بالتعويض عما لحق بهذا المدين من أضرار أدبية نتيجة للاعتداء على سمعته أو شرفه أو إعتباره، أو نتيجة لما اصابه من الم معنوى على إثر حادث. ففى حالة الضرر المادى لا يتوقف استعمال المدين لحقوقه على تقدير أدبى أو ذاتى يتصل بشخصه، فى حين أن **التعويض عن الضرر الادبى يقتضي هذا التقدير فيقتصر أمر المطالبة به، بالتالى على مبادرة المدين دون سواه**[2].

---

(١) كذلك الحال، فى القانون الفرنسى، فى شأن طلب فصل الأموال المشتركة بين الزوجين، فرغم ما قد يكون لدائنى احدهما من مصلحة مالية فى هذا الفصل الا ان الطلب يرتبط باعتبارات عائلية قوامها جوانب أدبية أخلاقية، وبالتالى لا يقبل هذا الطلب من الدائن: راجع: مازو وشابا، السابق، مالورى ونيس، القانون المدنى، ط٧، رقم ١٠٤١.

(٢) راجع: نقض مدنى مصرى ١٠/ ٥/ ١٩٧٢ مجموعة الاحكام س ٢٣- ٨٣٥ أن الحق فى الاجارة ليس من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر وللدائن أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه طبقا للمادة ٢٣٥ مدنى، وكذلك دعوى إبطال عقد كان المدين طرفا فيه: ٤/ ٥/ ١٩٧٧س ٢٨- ١١٣٥، وراجع : محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه، ١٩٨٠ص ٨٥٧ وما بعدها.

١٥٢- وقد يثور تساؤل حول مدى أحقية الدائن فى استعمال الرخص أو الخيارات المقررة للمدين: ذلك ان النص يتعرض لاستعمال «حقوق المدين»، وهو تعبير ينصرف أساسا إلى الحقوق الثابتة للمدين تجاه الغير، أى إلى حقوق قائمة فى رصيده الايجابى لذمته المالية. ومن هنا كان التساؤل حول إستعمال الرخص أو الخيارات. فهذه المكنات لا تمثل حقوقا ثابته للمدين بالمعنى الصحيح، ولكنها ممارسات لو استخدمها المدين لأدت إلى اكتسابه حقا لم يكن قائما فى ذمته قبل هذا الاستخدام. ومن هذا القبيل، رخصة المدين فى أن يتعاقد بيعا أو شراءً، أو أن ينشر مؤلفا أو ألا ينشره، أو أن يؤجر مالا مملوكا له للغير، أو أن يقوم بزراعه أرضه. ومثل هذه الرخص لا يجوز للدائن أن يستعملها نيابة عن مدينه، لان مقتضي إستعمالها لا يستجيب لمفهوم المادة ٢٣٥ من القانون المدنى، والتى تعرض «لحقوق المدين». وتستهدف بالتالى المحافظة عليهما. أما الرخص السالف الاشارة اليها فهى لا تدخل فى منطقة هذا المعنى، بل هى تذهب إلى أكثر مما قصده القانون من تجويز الدعوى غير المباشرة، اذ هى وسائل مبتدأة فى هدفها الذى لا يسعى الى تعديل فى محتوى ومكونات الذمة المالية بالمبادرة بالبيع أو الشراء أو التأجير، وبالتالى تخرج عن نطاق الدعوى غير المباشرة[١].

١٥٣- غير أن هناك من الخيارات أو الرخص ما يثير لبسا وتساؤلا نظرا لاهميتهما فى تعديل أوضاع ذمة المدين المالية بما يحقق مصالح جوهرية للدائنين، وبالتالى يضحى الأمر ملحا فى شأن الاقرار لهم بممارستها، نيابة عن المدين، وصولا إلى هذا الهدف.

(١) مازو وشابا ودى جوجلار- السابق، رقم ٩٦١.

ومـن أوضح هـذه الصور، فى هذا الخصوص، خيار المدين الوارث فى أن يرفض تركة آلت اليه من مورثه(١)، أو ان يقبل وصية أوصى بها له شخص آخر؟. فقد يقال ان للدائنين ان يمارسوا مُكْنَةَ القبول نيابة عن المدين، باعتبار أن هذا القـبول لا يخلق وضـعا جـديداً، بل يقتـصر أثره على تثبيت حق سـبق دخوله الى ذمة هذا المدين، وبالتـالى يجوز للدائن أن يستعمل رخـصة القبول نيابة عن مدينه. ولا يستثنى من هذا الحكم سوى الحالة التى يكون القبول فيها لازما لانعقاد العـقد، إذ أن إصدار هذا القبول يتوقف على تقـدير واعتبارات أدبية، مثل قبـول الهبة. فمثل هذا القبول- لهذه الاسـباب السابقة- يمتنع على الدائنين أن يحلوا فى صدده، محل المدين(٢).

ونعـتقـد من جـانبنا - مع تجـاوز الجـدل حـول الفـرق بين الرخص والخيارات- أن فلسفة الدعوى غير المباشرة تقوم على الدفاع عن حقوق قائمة فى الجانب الايجابى للذمـة المالية للمدين قِبَلَ الغـير، والأمثلة التـقليدية لهذه الدعوى توضح هذا المفهوم.

ويترتب علـى هذا المعنى- من حيث المبـدأ- أن أى رخصة (أو خـيار) يملكه المدين ويؤدى استـخـدامهـا إلى دخول مال إبـتداء، أو عدم دخـوله فى ذمته، لا يجوز أن يكـون محلا للدعوى غير المباشـرة، وذلك لخروج الامر عن غاية هذه الدعوى والوظيـفة التى تقررت من أجل تحقيقـها. ويؤكد هذا المعنى أن مـثل هذه الخيـارات أو الرخص تقـتضـى تعبـيـرا عن إرادة المدين كشـرط أساسى من شروط قيام علاقة جديدة لم تكن قائمة من قبل، كما أن من شأنها إذا نشأت هذه الـعلاقة، ترتيب أعـباء وحـقوق متـبادلة بين طرفـيهـا. وتقدير التوازن بين الالتـزامات المتقابلة، التى تنشـأ عن ممارسة بعض هذه الرخص أو

(١) مازو وشابا ودى جوجلار- السابق.
(٢) مازو وشابا ودى جوجلار- السابق.

الخيارات، لا يجوز أن يعطى للدائن لكى يقدره بمعرفته، ومن منظور ما يعتقد أنه مصلحته وبمنأى عن المدين. وهو ما يصدق تماما على رخصة الأخذ بالشفعة، أو قبول ايجاب بالتعاقد موجه إلى المدين من طرف آخر... وفى غير ذلك مما يدخل فى النطاق المالى البحت وينشئ مركزاً قانونيا جديداً متشعب الحقوق والالتزامات. وفى حالات أخرى يكون إستعمال الرخصة أو الخيار متمخضا عن مصلحة بحتة للمدين، كقبول الهبة أو قبول الاشتراط لمصلحته، ومع ذلك فإن القبول، فى مثل هذه الحالات، يكون مرتبطا باعتبارات أدبية يستقل بتقديرها المدين وحده بما ينأى به عن تدخل الدائنين.

وعلى هذا النحو السابق يقتصر استعمال حقوق المدين، من حيث المبدأ، على المطالبة بما له من حقوق قبل الغير، أو فى إتخاذ اجراءات تحمى حقوقه من السقوط أو الضياع، أما ما يتجاوز ذلك فهو غير مقبول ويخرج عن غايات الدعوى غير المباشرة.

المطلب الثانى
الحقوق غير القابلة للحجز عليها

١٥٤- تخرج الحقوق غير القابلة للحجز عليها عن نطاق الدعوى غير المباشرة[١]. هذا الحكم قررته صراحة المادة ٢٣٥/ ١ مدنى. وهو حكم منطقى فى ذاته، اذ لا مصلحة للدائن فى التدخل فى الشئون الشخصية لمدينه إذا تعلق الأمر بحق لا يجوز الحجز عليه، إذ ان هذا الحق، بحكم وصفه السابق، لا يدخل فى نطاق الضمان العام الذى يجوز التنفيذ عليه. وقد سبق ان أشرنا

(١) راجع: توفيق فرج، السابق، ص٥٦، محمد على عمران، السابق، ص ٧٢، نبيل سعد، احكام الالتزام، ١٩٩١، ص ١١٣، محمد شريف عبد الرحمن، دروس فى شرح القانون المدنى - آثار الالتزام، ١٩٩٧- ص ٤٩٤ وما بعدها.

إلى بعض تطبيقات لهذه القاعدة، مثل الأموال المشروط عدم التصرف فيها. (راجع ما سبق)، وكذلك الأموال التى يمنع القانون الحجز عليها لسبب أو لآخر. ونضيف، إلى الامثلة التى سبق أن أوردناها، ما ورد فى نصوص قانون المرافعات فى المواد ٣٠٥ وما بعدها. فقد نصت المادة ٣٠٥ مرافعات على أنه لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشة واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغذاء لمدة شهر. كما نصت المادة ٣٠٦ على انه لا يجوز الحجز على الاشياء الاتية: ١- ما يلزم المدين من كتب وادوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه. ٢- إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين فى معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر، وتنص المادة ٣٠٧ على انه لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقه[1] أو للصرف منها فى غرض معين، ولا على الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقه إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة. وتنص المادة ٣٠٨ على ان الاموال الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائنى الموهوب له أو الموصى له الذين نشأت ديونهم قبل الهبة أو الوصية إلا لدين نفقه مقررة. وبالنسبة المبينه فى المادة السابقة. كذلك قد توجد نصوص خاصة فى بعض القوانين بعدم جواز الحجز على بعض الاموال، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ من انه لا يجوز التنفيذ على الارض الزراعية التى يملكها الزارع اذا لم تجاوزما يملكه منها خمسة افدنه». كما تنص المادة ٣ من هذا على انه يجوز للمدين التمسك بهذا الحظر ما لم تنقضى مواعيد الاعتراض على قائمة شروط البيع».

---

(١) وراجع المواد ٧٥ و ٧٦ و ٧٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فى شأن بعض اجراءات واوضاع التقاضى في مسائل الاحوال الشخصية.

ويشمل هذا الحظر توابع الارض الزراعية المذكـورة من آلات زراعية ومواشى لازمه لاستغلالها وتشمل مسكن الزارع وملحقاته[١].

ويلاحظ، على مـجمل القول الـسابق، أن المبـالغ الماليـة والأمـوال التى يحظر القانون الحجـز عليها، وتخرج بالتالى عن نطاق الدعوى غـير المباشرة، هى تلك التى تتمـتع بهذه الصفة، حال قـيامها وبقائهـا فى إطـار الصـفة التى بررت عـدم جواز الحـجـز عليهـا، ولذلك فـإن للدائن أن يحجـز عليهـا، وله بالتالى، اذا اقتـضت الظروف، أن يستعمل حـقوق مدينه فى شأنهـا إذا فقدت وصفها الاصلى. ومثال ذلك مبالغ النفقـة إذا أودعها المدين بعد قبضها حسابا جاريا، وكذلك الحـال بالنسبة للحق المحمل بشـرط المنع من التصرف إذا زال هذا الشرط لزوال أحد شرائط بقائه.

وأخيرا فان الدائن، عندما يمارس مكنته فى استعمال حقوق مدينه، فان ذلك مقصور على الحـقوق التى يملكها المدين أصالة عن نفسـه، أما ما يمارسه، أو يجب عليه أن يمارسه، المدين نيـابة عن غيره فـلا يجوز لدائنيه التـعرض له بطريق الدعوى غير المباشرة[٢].

---

(١) وراجع أيضا المادة ٣٠٩ مرافعات، سبقت الاشارة إلى حكمها.

(٢) مازو وشابا ودى جوجلار، السابق.

المبحث الثاني
شروط الدعوى غير المباشرة

المطلب الأول
الشروط الشكلية

١٥٥- لم يضع المشرع من الشروط الشكلية لقبول الدعوى غير المباشرة سوى شرط واحد هو ضرورة إختصام المدين فيها، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢/٢٤٥ مدنى «.. ولكن يجب إدخاله (أى المدين) خصما فى الدعوى»[١].

ولم يكن الامر على هذا النحو فى ظل القانون المدنى القديم، إذ كان الرأى مستقراً على عدم اشتراط إدخال المدين، غاية الأمر أن الدائن لم يكن يستطيع أن يحتج على هذا المدين بالحكم الصادر فى الدعوى، ما دام لم يقم بادخاله فيها. لذلك كان من مصلحته، عملا وقانونا، أن لا يمارس إجراءات هذه الدعوى بعيدا عن المدين.

وقد حسم القانون المدنى الحالى -على نحو ما سبق- هذه المسألة فاعتبر **ادخال المدين شرطا لقبول الدعوى**، أى انه بغير إختصام المدين تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى. والحكمة واضحة فى إقتضاء هذا الادخال، فالمدين هو الاصيل فى الحق المتنازع عليه ومن حقه ان يمثل فى الخصومة

---

(١) حيث ان الدعوى تقام نيابة عن المدين لذلك يجب أن يرفعها الدائن باسم المدين لا باسمه الشخصى، وليكون المحكوم به حقا للمدين يدخل فى عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه.. فاذا هو لم يرفعها بصفته دائنا رفعها استعمالا لحق مباشر له وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه فانها تكون دعوى مباشرة اقامها باسمه ولمصلحته: نقض ٢٠ يناير سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣- ١٠١، غير أن رفع الدعوى عن المدين لا يشترط أن يكون صريحا فى عريضة الدعوى بل يكفى أن يستفاد من عرض وقائعها وأسانيدها والطلبات الثابتة فيها، وفى هذه الحالة تُسْبِغُ المحكمة على الدعوى وصفها الصحيح.

ليدافع عن مركزة القانونى فى الدعوى. ولعل من نافلة القول، بالتالى، أن **من حق المدين ان يتدخل من تلقاء نفسه فى الدعوى باعتباره صاحب الحق المطروح امام القضاء**، وبالتالى صاحب مصلحة فيما يؤول اليه الحكم فى شأنها. وقد تبادر المحكمة إستيفاء لشروط القبول المشار اليه بالأمر بادخال المدين، وهى مكنة تدخل فى إختصاصها وسلطتها عملا بالمادة ١١٨ من قانون المرافعات، والتى تنص على ان «**للمحكمة، ولو من تلقاء نفسها، أن تأمر بادخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة**». وأمرها بادخال المدين فى حالة الدعوى غير المباشرة هو أدعى لتحقيق العدالة، باعتبار ان وجوده شرط لقبول الدعوى.

واذا مَثُلَ المدين فى الدعوى، سواء بتدخله أو بادخاله، فان له ان يختار اسلوب دفاعه فيها، فقد ينشط فى الدفاع متخذا موقفا ايجابيا بتقديم الأدلة وأوجه الدفاع المختلفة. وهو المسلك الطبيعى المنتظر منه باعتباره الاصيل فى موضوع الحق موضوع التداعى. كما ان هذا المدين قد يتخذ، على العكس موقفا سلبيا تاركا عبء الدفاع على عاتق الدائن رافع الدعوى.

ومن ناحية اخرى فلا يشترط إعذار المدين قبل رفع الدعوى غير المباشرة. وعدم اشتراط الاعذار منطقى **لسببين: الأول**: ان الإعذار باعتباره انذارا للمدين، يستهدف، فى القواعد العامة، وضع المدين موضع التقصير، وترتيب بعض الآثار الهامة فى حقه على نحو محدد، مثل نقل تبعه الهلاك، أو أحقية الدائن فى طلب الفسخ... الخ، أما فى مقام الدعوى غير المباشرة، فان أمرها لا يعدو أن يكون محافظة على مكونات الضمان العام فى ذمة المدين ولمصلحة هذا المدين ايضا. فهذه الدعوى ليست وسيلة تنفيذ على اموال المدين، وليست وسيلة حجز على أمواله. **ولذلك يبدو الإعذار غير لازم بحكم طبيعة وغاية هذه الدعوى. أما السبب الثانى**: فانه في جميع الفروض

الجدليـة، يقوم رفع الدعـوى مقام الإعـذار، لذلك كان من الطبـيعى أن تنص المادة ٢٣٥/ ٢ على أنه **«ولا يشترط إعذار المدين»**.

واخيراً لا يشتـرط أن يقوم الدائن بادخال زمـلائه من الدائنين الآخرين، ولكن من حق هؤلاء، إذا أرادوا، أو أراد بعضـهم، التدخل فى الدعوى عـملا بالمادة ١٢٦ مرافعات، والتى تنص على انه **«يجوز لكل ذى مصلحة ان يتدخل فى الدعـوى منضمـا لاحـد الخصـوم، أو طالبـا الحكم لنفسـه بطلب مـرتبط بالدعوى»**. ولا شك ان للدائنين مصلحـة فى التدخل باعتبار ان لـهم مصلحة فيما تؤول اليه نتيجتها المؤثرة فى الضمان العام.

الشروط الموضوعية :

ونعرض فيما يلى للشروط الموضوعـية للدعوى غير المباشرة، ومن هذه الشروط مـا يتعلـق بحق الدائن، ومنها مـا يتعلق بمسلك المدين إزاء المحـافظة على حقوقه ونتائج هذا المسلك.

المطلب الثانى
الشروط الموضوعيـــة

المقصد الأول
الشروط المتعلقة بحق الدائـــن

١٥٦- نصت المـادة ٢٣٥/ ١ مـدنى على ان **«لكل دائن ولـو لم يكن حقه مستحق الاداء أن يستعمل باسم مدينه...»**.

وواضح من هذا النص ان الشـرط الاساسـى هو أن تتوافـر للدائن هذه الصفة، بمعنى أن يكون صاحب حق قِبَلَ المديـن، أى أن يكون هذا الحق قائما فى ذمة هذا الأخير بإعـتباره مـدينا ملتزما قـبل الدائن. فاذا توافـر هذا القدر

المتيقن من وجود الحق فلا فرق بين الحقوق بحسب مصادرها. فقد ينشأ هذا الحق عن علاقة عقدية، وقد ينشأ خارج النطاق العقدى، كفعل ضار، أو إثراء بلا سبب أو فضالة، أو نص فى القانون مباشرة. كما يستوى ان يكون دائنا عاديا او دائنا مزودا بضمان عينى (رهن أو اختصاص أو امتياز) أو ضمان شخصى (كفالة). كما يستوى أن يكون محل الحق إعطاءً أو عملا أو إمتناعا عن عمل.

ويمثل شرط **«وجود الحق»** الحد الادنى المطلوب لرفع الدعوى، اذ لا تقبل الدعوى فى الحالات التى لا يتوافر فيها هذا الحد الادنى، ومن ذلك: حالة وجود نزاع حول أصل وجود الدين ذاته، ففى هذه الحالة لابد من حسم هذا النزاع أولا، فاذا حسم لمصلحة الدائن جاز له رفع الدعوى. ولكن المنازعة في مقدار الدين، أو عدم تحديد مقداره، لا يحول بين الدائن ورفع الدعوى. فهذه الدعوى لا تستهدف، كما سبقت الاشارة، إستيفاء الحق او التنفيذ بمقتضاه. ولذلك يجوز رفع الدعوى للدائن بتعويض عن عمل غير مشروع. قبل الاتفاق أو صدور حكم بتحديد قدر التعويض المستحق. ولكن لا تقبل الدعوى لصاحب حق احتمالى، فالوارث الاحتمالى (أى قبل وفاة مورثه) ليس بصاحب حق محقق، وبالتالى ليس دائنا يملك مكنة رفع الدعوى غير المباشرة.

ولا ينفى وجود الحق، بالمعنى المطلوب لرفع الدعوى، **ان يكون الحق مضافا إلى أجل أو أن يكون معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف.** وبالنسبة للحق المضاف إلى أجل، فلا شبهة فى وجوده مؤكدا ومحققا، يستوى ان يكون الأجل واقفا أو فاسخا. فالاجل لا يؤثر فى وجود الحق، بل يتحدد به فقط وقت استحقاقه اذا كان واقفا، ووقت انقضائه اذا كان

فاسخا. والمادة ٢٣٥/ ١ مدنى واضحة فى هذا المعنى حيث نصت على ان «لكل دائن **ولو لم يكن حقه مستحق الاداء**». وهو ما يجيز رفع الدعوى صراحة للدائن بحق مؤجل، ومن باب اولى، لصاحب الحق مستحق الاداء رغم انه مضاف الى أجل فاسخ. أما بالنسبة للحق المعلق على شرط، فهذا الحق هو حق قائم وموجود من الناحية القانونية. وبالتالى يجوز لصاحب مثل هذا الحق، سواء كان الشرط واقفا[1] أو فاسخا، أن يقيم الدعوى غير المباشرة. ويلاحظ، فى هذا المقام، أن مثل هذا الدائن اذا اقام الدعوى، حال كون حقه موصوفا على النحو السابق، فلن يؤثر فى نتيجتها القانونية، بعد ذلك، تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ. ويمثل هذا التحديد نتيجة منطقية لمفهوم الدعوى غير المباشرة بحسبانها ترفع نيابة عن المدين وليس أصالة عن الدائن المدعى، كما انها تتفق مع مبدأ أن نتيجة الحكم فى الدعوى تصب مباشرة فى ذمة المدين، إثراءً للضمان العام، وبالتالى، لمصلحة جميع الدائنين. ولا يؤثر فى هذا الحكم الأخير مبدأ الاثر الرجعى لتحقق الشرط، إذ يفسر هذا الاثر، فى هذا الشأن تفسيرا ضيقا يجب أن يتفق، فى رأينا، مع تقنية ومفهوم الدعوى غير المباشرة. فالدائن بحق معلق على شرط واقف أو فاسخ، اذا زال حقه، فان مؤدى ذلك زوال صفته فى النيابة التى أسبغها عليه القانون، وزوال صفة النيابة لا يؤثر على نتائج الأعمال القانونية التى باشرها هذا النائب لحساب ولمصلحة الاصيل.

١٥٧- واذ إستقام أمر الشروط المتعلقة بالدائن، على نحو ما سلف، فانه لا يشترط ان يكون بيد الدائن سند تنفيذى. وهذه نتيجة منطقية لما سبق

---

(١) وهو ما يتفق مع الحكم المادة ٢٦٨ مدنى فى نصها على أنه «اذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف... على انه يجوز للدائن **أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه**». ولا شك ان الدعوى غير المباشرة هى احدى وسائل المحافظة على حقوق الدائن.

ذكره من الاكتفاء بأن يكون الحق موجوداً ولو لم يكن مستحق الاداء، كما يتفق مع القول **بأن هدف الدعوى هو هدف تحفظي فحسب**.

- **ولا يشترط**، ولذات المفهوم السابق الاشارة اليه، أن **يكون حق الدائن سابقا على نشأة حق المدين الذى يستعمله الدائن**، فهذه الدعوى تحافظ على الضمان العام لمصلحة جميع الدائنين، وتصب فى هذه المصلحة فى نهاية المطاف. ويختلف هذا الحكم عنه فى دعوى عدم نفاذ التصرفات- والتى سنأتى على عرضها لاحقا- حيث يشترط أسبقية حق الدائن على التصرف الضار للمدين الذى ترفع عنه هذه الدعوى. وبالتالى فان للدائن، بموجب الدعوى غير المباشرة، ان يطعن فى أى تصرف نيابة عن المدين حتى ولو كان هذا التصرف قد صدر منه قبل نشأة حق الدائن الذى رفع الدعوى. ويترتب على منطق هذا التحديد، بداهة، انه لا يشترط ان يكون لحق الدائن تاريخ ثابت.

١٥٨- **واخيرا** يثور التساؤل حول ما اذا كان الدائن حين يرفع الدعوى غير المباشرة يتقيد بما يفرضه المركز القانونى للمدين، من حيث عوارض الاهلية. ومن ذلك ان يكون المدين عديم الاهلية أو ناقصها، حيث قد تقضى احكام قانون الولاية على المال بحرمانه من أهلية التقاضى، أو تقتضى الحصول على إذن مسبق من محكمة الاحوال الشخصية أو من الولى أو الوصى؟. لا شبهة فى ظل النص الحالى فى القانون المدنى من ضرورة استيفاء مثل هذه الموافقة، ذلك ان المادة ٢٣٥/ ٢ من القانون المدنى تشترط لقبول الدعوى وجوب إدخال المدين، وبالتالى يصبح واجبا إستيفاء أية موافقة قانونية على إدخاله أو إدخال من يمثله قانونا، وفق ضوابط أحكام قانون الولاية على المال، خاصة وان الدعوى قد تتعلق بمصلحة مالية على قدر من

الاهمية. فضلا عن أن خسرانها قد يكبد المدين مصاريف ورسوم قضائية كبيرة فى بعض الحالات. ولا يغير من هذا النظر ان الدعوى غير المباشرة تقوم على نيابة قانونية مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الاصيل[1]، ذلك أن الامر لا يقتصر على مصلحة النائب وحده من ناحية، ومن ناحية اخرى فان هذه الدعوى قد تضع مصالح المدين، وهو الأصيل، على حافة مخاطر مالية جسيمة.

المقصد الثانى
الشروط المتعلقة بالمدين

١٥٩ - تتمثل هذه الشروط فى شرطين اساسيين هما: **أولا- سكوت المدين إهمالا عن استعماله حقه، وثانيا : أن يترتب على هذا الاهمال إعسار المدين أو زيادة اعساره.** وقد نصت المادة ٢٣٥/ ٢ مدنى على ان «لا يكون إستعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم إستعماله لها من شأنه ان يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار»[1].

ويعتبر هذان الشرطان تطبيقا صريحا لشرط **المصلحة فى الدعوى** فالدعوى غير المباشرة، شأنها شأن غيرها من الدعاوى[2]، لا تقبل، قضائيا، ما لم يكن لرفاعها مصلحة قانونية شخصية قائمة وحالة وقت رفعها. وعلى ذلك فان مصلحة الدائن لا تتوافر فى التدخل فى شئون مدينه، بالنيابة عنه فى

(١) راجع وقارن: السنهورى والفقى، اثار الالتزام، الجزء الثانى، رقم ٥٣٤.

(٢) وذلك عملا بالمادة ٣ من قانون المرافعات التى تنص على عدم قبول أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية قائمة يقرها القانون. ويلاحظ ان شرط المصلحة يحول ايضا بين الدائن واستعمال حق مدينه اذا كان استرداد هذا الحق غير مجد للضمان العام، كما لو كان الحق مشقلا برهن لمصلحة حائز الحق، وكان هذا الرهن يستغرق كامل قيمته، بما لا يجدى الدائن معه ان يستعمل حق مدينه فى المطالبة بالحق المذكور.

رفع الدعوى، إلا اذا كان المدين قد أهمل فى إستعمال حقوقه. كما لا تتوافر هذه المصلحة لو كانت الحالة المالية للمدين، رغم إهماله المشار اليه، موسرة وليست معسرة. أى كانت امواله كافية للوفاء بما عليه من ديون.

ونعرض لكل من الشرطين المشار اليها على التوالى:

البند الاول

إهمال المدين فى استعمال حقوقه

١٦٠- تقوم الدعوى المباشرة على سند ان للدائن مصلحة فى رفعها نيابة عن المدين، وهو ما اقتضى أن ينسب للمدين تقصير فى استعمال حقوقه. وقد عبرت المادة ٢٣٥/ ٢ مدنى عن هذا المعنى باشتراط «**أن يثبت الدائن**» ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق[1].

والأصل أن المدين قائم على شئونه متتبع حقوقه قبل الغير، شأنه شأن غيره من آحاد الاشخاص. وبالتالى، فاذا إدعى الدائن انه تقاعس، فى هذا الشأن، وقع عليه- أى على الدائن- عبء اثبات عدم استعماله لحقوقه. وهو ما يتفق مع القواعد العامة فى عبء الاثبات، فضلا عن صياغته صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ على ما سلف ذكره. ومن ذلك ان يثبت الدائن ان عقارا للمدين تحت يد الغير، وأوشك هذا الغير على تملكه بالتقادم المكسب، فيسارع هذا الدائن بإتخاذ إجراء قاطع للتقادم. وكذلك الحال لو أن بيعا صدر من المدين وشاب رضاءه عيب من عيوب الارادة ولم يسارع المدين إلى طلب

---

(١) راجع: عبد المنعم البدراوى، السابق، رقم ١٠٦، جميل الشرقاوى، احكام الالتزام ١٩٩٢، س٨٨ وما بعدها، محمد لبيب شنب، احكام الالتزام، رقم ٨٣، عبد الودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات، ١٩٩٤، رقم ٢٨٩. سعيد جبر السابق، ص ١٣١، فتحى عبدالرحيم، احكام الالتزام، رقم ٩٤، جلال ابراهيم السابق، رقم ٨٨، مصطفى عدوى، ص١٢٨.

الابطال رغم مضى فترة طويلة من الوقت، وكذلك الحال ايضا فى طلب الفسخ أو البطلان المطلق.. اذا توافرت الموجبات القانونية لاى أمر من مثل هذه الامور.

- والاصل ان يتسم قعود المدين عن إستعمال حقوقه بالتقصير والاهمال، يستوى فى ذلك ان يكون قعودا عمديا إستهدف الاضرار بالدائنين، أو كان عن رعونه، أو إهمال غير مقصود من جانبه. ويترتب على هذا الشرط الاخير انه **لا يجوز للدائن ان يمارس حقوق المدين اذا بادر هذا الاخير إلى ممارستها بنفسه**[1] واتخذ من الاجراءات ما يكفل صونها والذود عنها. وقد تتحقق هذه المبادرة من جانب المدين بعد أن يشرع الدائن فى استعمال حقوق المدين نيابة عنه، وفى هذه الحالة على الدائن أن يفسح المجال للمدين، بوصفه صاحب الشأن الأصيل، لاتمام مبادرته ودفاعه عن حقوقه أو مطالبته بها. غير أن من حق الدائن أن يستمر ماثلا فى الدعوى التى رفعها، أو أن يتدخل منضما للمدين، اذا كان هذا المدين هو الذى بادر برفع الدعوى، حيث ان من حق هذا الدائن أن يراقب مسيرة الاجراءات خشية إهمال المدين فى الممارسة وخشية ان يتواطأ هذا المدين مع مدينه إضرارا بحقوق دائنيه.

ومع ذلك، فان الملاحظ ان للمدين، باعتباره الاصيل فى صدد الحق موضوع التداعى، أن ينهى الدعوى صلحا، وليس من حق الدائن أن يعترض على هذا الصلح، غاية الأمر، انه اذا بدا له ان هناك تواطؤا بين المدين ومدينه، ان يطعن فى هذا الصلح بطريق الدعوى البوليصية (دعوى عدم نفاذ التصرف).

١٦١- ومن **ناحية اخرى** فان من حق الدائن عندما يمثل فى الدعوى

(١) عبد الودود يحيى، الوجيز، رقم ٢٨٩، محمد على عمران، السابق، ص ٧٦، وما بعدها، احمد شوقى عبد الرحمن، أحكام الالتزام ١٩٨٨، ص ٥٥، نبيل سعد، السابق، ص ١١٧.

التى نشط المدين إلى ممارستهـا ان ينبـه المحكمة إلى أى تواطؤ أو إهمـال من جانب المدين ويجب على المحكمة ان تفحص هذا الدفاع وأن تُقْسطَهُ حقه من التمحيص، وأن تعـتبره مدافعا عن حق له يتـأثر بسلوك المدين حيَاله، ووجب عليها ان تفصل فى أمره استقلالا.

ومن مـؤدى ذلك انه اذا اضـاف المدعى إلـى دفـاعـه تمسكه بحق آخـر للمـدين وجب على المحكمـة أن تفحص ذلك وترد علـيه وإلا كـان حكمهـا معـيبا مـتعينا نقـضه. ولا يصلح ردا على ذلك قول المحكمـة انه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه[1].

ذلك ان المدين وإن كان يحتفظ «بحـرية التصرف فى الحق المطالب به.. الا ان ذلك مقيد بشرط عدم قـيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للاضرار بحـقـوق الدائن، فـفى هـذه الحـالة يحق للدائن ان يطعـن فى تصـرف المدين بالدعوى البوليصية»[2].

وعلى مستوى **عبء الاثبات** فان على الدائن ان يثبت فقط قعود الدائن عن إستعمال حـقوقه في وقت كان ينبغى عليه أن يستـعمل هذه الحقوق. فاذا اثبت ذلك أُفتُرِضَ تقـصير المدين وإهماله. غير انه يجـوز لهذا الأخير أن يقم الدليل على عكس المفـتـرض السابق، بـأن يثبت ان لديه مـتـسعـا من الوقت لممارسة الإجراء أو المطالبة بنفـسه، وبالتالى يقطع الطريق أمام الدائن للتدخل فى شئونه والنيابة عنه.

---

(١) نقض ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد ١٩٣- ٦٥٣، محمد كمال عبد العزيز، السابق، ص ٨٦٠.

(٢) نقض ٢١ فبراير، مجموعة القواعد ١٩٥- ٦٥٣، راجع: شكرى سرور، السابق، رقم ٩٧.

البند الثانـى

أن يترتب على اهمال المدين إعساره أو زيادة إعساره

١٦٢- ويمثل هـذا الشــرط **الوجـه الثـانى من أوجه مـصلحـة الدائن.** فالدعوى غيـر المباشرة انما أسندت اليه لكى يدافع عن الضمـان العام للمدين باعتباره صـاحب مصلحة فى المحافظة عليه، وهو ما يقـتضى أن يكون مسلك المدين، فى قعـوده عن ممارسة حقـه، مؤثرا فى ذمته الماليـة. ويتخذ هذا التـأثير صورة الإعـسار أو زيادة الإعســار. وهو ما قررته المادة ٢٣٥/ ٢ مـدنى شرطا صريحـا لقبول الـدعوى غيـر المباشرة. والشـرط متسق تمـاما مع مفـهوم هذه الدعوى، سواء فى أساس تقريرها، أو فى الهدف الذى يسعى بها اليه الدائن. ذلك انه اذا كانت أموال المدين كـافية للوفاء بما عليـه من ديون، فلا وجه، ولا مصلحة بالتالى، للتدخل فى شئونه ورفع دعوى أو اتخاذ اجراء نيابة عنه.

ويقـاس إعسـار المدين أو يساره بمقـارنه ما له من حـقوق بما عليـه من التزامات[1]. فاذا زادت الثـانية عن الأولى، كان المدين مـعسراً، وجـاز لدائنيه التدخل فى شـئونه برفع الدعـوى غيـر المباشرة. والمقـصود بالاعـسار فى هذا المقام هو **الاعسار الفعلى**، أى الحالة الماليـة السلبية لمجمـوع حقوقه فى مـقابله مجموع التـزاماته. ومعنى ذلك انه لا يشترط ان يكون قد أشـهر اعسار المدين رسميـا وفقا لنظام شهـر الاعسار المنصوص عليـه فى القانون المدنى فى المواد ٢٤٩ مدنى وما بعدها).

وقد ثار تساؤل حول حالة لا يكون فيها المدين معسرا ومع ذلك تكون للدائن مصلـحة فى أن يستـعمل حقـوقه نيابة عـنه. وهى حالة ما اذا إشـترى

---

(١) عبد الودود يحيى، السابق، رقم ٢٨٩، محمـد شريف عبد الرحمن، السابق، ص ٣٨٤، وما بعدها.

شخص عقاراً بعـقد غير مشهر (غيـر مسجل بالشهر العقارى)، ثم قـام ببيعه لشخص آخر. فى هذه الحـالة لا يجوز قانونا نقل ملكية العقـار المشار اليه إلى المشـترى الاخـير إلا اذا كـان سلفه (من بـاع له) مالكا، أى قـام بإشهـار سند ملكيته. ففى هذا الفـرض كان التساؤل حول أحقيه المشـترى الاخير، ان يرفع دعوى صحة ونـفاذ سند ملكية سلفه، نيابة عنه، باعـتباره دائنا له، على سلف هذا السلف؟... وللاجـابة على هذا التسـاؤل لم تكن هناك مـشكلة فى ظل القانون المدنـي القديم، اذ لم يكن هذا القـانون يشترط الاعـسار لتـجويز رفع الدعوى غـير المباشـرة. أما فى ظل المادة ٢٣٥/ ٢ مدنى التى وضـعت صريح هذا الشرط، فان الأمـر يبدو منتقدا من جـانب بعض الفقه[١] على أسـاس أن إجازة الالتجـاء إلى الدعوى غير المباشرة تتـعارض مع النص المذكور، والذى إشترط الاعسـار كشرط ضرورى لقبول هذه الدعـوى، وان هذا التعارض لن ينتفى الا بالتسليم بأن الشرط الجـوهرى لرفع هذه الدعوى هو وجود مصلحة مشروعة للدائن، وأن شرط الاعسار ليس مقصودا لذاته، وأن المشرع وإن كان قد نص عليه فى المادة ٢٣٥/ ٢ مدنى فما ذلك الا اخذا بالغالب[٢].

١٦٣- **ومن جانبنا نعتقد أن شرط الاعسار شرط** واجب بحكم صريح نص المادة ٢٣٥/ ٢ مدنى. أما احـقية المشتـرى من شخص اشترى ايضـا بعقد غير مشـهر، فى رفع دعوى على سلف سلفه، بصحة ونفاذ عـقد البيع، فذلك مرده الى عدة اسـانيد قانونية أخرى تخـرج عن نطاق المادة المذكورة. ذلك أن عقد البيع الابتـدائى الوارد على عقار لا ينقل الملكية للمشتـرى، فتلك الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتـعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بالتسجـيل (الشهر) عملا

(١) راجع: اسماعيل غانم، أحكام الالتزام، رقم ٦٣، وهامش صفحة ١٦٠ و ١٦١.

(٢) اسماعيل غانم، السابق، وراجع: أحمد شـوقى عبد الرحمن، السابق، ص ٥٥، طلبة وهبه، السابق، جلال ابراهيم، السابق، رقم ٨١ وما بعدها.

بالمادة (٩) من قانون الشهر العقارى. وبالتالى فان عقود البيع غير المشهرة المتوالية على عقار واحد تنشئ، فيما بين أطرافها، حقوقا شخصية، وهى بالنسبة للبائع الاخير للمشترى الاخير حواله حقوق بالمعنى المقصود فى القانون المدنى ومع الشئ المبيع تنتقل توابعه ومنها، الدعاوى التى تحميه أو تهئ إقتضاءه، واهمها دعوى صحة ونفاذ العقد، وبالتالى يصبح المشترى الأخير دائنا بمقتضى هذه الحوالة لسلف سلفه بما يهئ له سبيل أن يرفع عليه دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، حتى يكون الحكم الصادر فيها ناقلا للملكية بتسجيله، بما يهئ بدوره نقل الملكية للمشترى الأخير. وهذه الأحقية، على هذا النحو، يؤكدها، ويؤكد المصلحة فيها، ما نصت عليه المادة ٦٦ من قانون المرافعات من انه «لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية الا اذا شهرت صحيفتها (مضافة بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١).

وينبنى على هذا الحكم أن المشترى الاخير لابد أن يشهر صحيفة دعواه ولابد ان يختصم مدين مدينه (سلف البائع له) حتى تقبل دعواه قضائيا. ونعتقد ان قاعدة عدم انتقال الملكية الا بالتسجيل، فضلا عن نص المادة ٦٦ من قانون المرافعات، يكونا معا سندا قانونيا كافيا لكى يقيم المشترى الأخير، باعتباره دائنا، ومحالا له بحقوق سلفه قبل سلف هذا السلف (أى مدين مدينه)، دعوى صحة ونفاذ سلسلة العقود العرفية السابقة على عقد شرائه.

المبحث الثالث
آثار الدعوى غير المباشرة

١٦٤- نصت المادة ٢٣٦ مدنى على أن «يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه»[1].

- تدور آثار الدعوى غير المباشرة فى فلك مفهومها الاساسى، وهو أنها وسيلة أُسْنِدَتْ للدائن ليتدخل فى شئون مدينه المتقاعس عن الدفاع عن حقوقه، لكى يدافع عنها هذا الدائن نيابة عنه، ولان هذا الدائن له مصلحة فى المحافظة على الضمان العام لهذا المدين، فانه يقوم بهذه المهمة بصفته نائبا قانونيا عنه.

وهذه **النيابة** تتميز بأنها مقررة لمصلحة الطرفين الدائن والمدين، **فالاول** يحافظ على أحد مفردات الضمان العام، **والثانى** يجد دائنا يتولى نيابة عنه رعاية إحدى مصالحه المالية. فالنيابة هى فى الحقيقة تحقق مصالحهما معا، لا مصلحة طرف واحد. ولذلك تتسم هذه النيابة القانونية بعدة خصائص: **فهى أولا: نيابة لا تتم بمنأى عن الاصيل، وهو المدين،** حيث استوجبت المادة ٢٣٥ مدنى إدخال المدين فى الدعوى والا كانت غير مقبولة. وهو وضع لا مثيل له فى أوجه النيابة الأخرى المعروفة في القانون المدنى، سواء كانت نيابة قانونية أو اتفاقيه أو قضائية، **وهى ثانيا: نيابة مقصورة بحكم القانون على استعمال حقوق المدين التى قصر فى استعمالها،** دون ان يكون فى مُكْنَته، على أى نحو كان، أن يتصرف فى هذه الحقوق، والتى تؤول فى النهاية إلى ذمة المدين وتدخل فى ضمانه العام. واستنادا الى هذا المنطق فإن

---

(١) راجع: عبد الودود يحيى، السابق، رقم ٢٩١.

الدائن بصفته نائبا، محدود الاختصاص، لا يملك سلطة التنازل أو التصالح مع الخصم.

وتتحدد آثار الدعوى غير المباشرة فى حدود هذا المفهوم السابق فى إطار محاور ثلاثة هى: آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين، ثم آثارها بالنسبة للخصم. وأخيرا بالنسبة للدائنين.

المطلب الأول

آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة للمدين

١٦٥- المدين هو الاصيل بالنسبة للحق الذى يطالب به الدائن نيابة عنه. ولا تعدو الدعوى غير المباشرة بالتالى أن تكون وسيلة للمحافظة على أموال المدين التى لا يسارع إلى حمايتها بنفسه. ولذلك اشرنا، فى موضع سابق، إلى أن ممارسة هذه الدعوى لا تعنى إتخاذ أى إجراء تنفيذى على اموال المدين، بل ولا تعنى حجزاً تحفظيا على هذه الاموال. فغاية ما تعنيه انها تهيء السبيل أمام الدائنين للتنفيذ مستقبلا على أموال المدين، وقد أثراها استعمال حقوقه عن طريق دائنيه. **ومن ناحية أخرى** فقد ترتب على محدودية دور الدائن فى الدعوى غير المباشرة ان للمدين ان يَهُبَّ، فى أية لحظة، لاستعمال حقوقه، ويجب على الدائن، فى هذه الحالة، أن يتوقف عن هذا الاستعمال.

ويعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة على المدين، وذلك لان الدائن انما تصرف عنه بموجب نيابة قانونية. وتصرفات النائب يُحَاجُ بها الاصيل وفقا للقواعد العامة فى القانون المدنى. ولم تعد هذه الحجية محل جدل فى ظل المادة ٢٣٥ مدنى حيث يَمْثُلُ المدين فى الدعوى بحكم ضرورة إختصامه فى جميع الاحوال.

---

(١) راجع: جميل الشرقاوى، السابق، رقم ٢٩.

ولان المدين هو الاصيل بالنسبة للحق موضوع التداعى، فان له ان يتصالح عليه، كما سبق الاشارة، وله ان ينزل عنه، فى أى وقت يشاء. وفى مثل هذه الاحوال لا يبقى للدائن إلا أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف فى هذه التصرفات اذا توافرت شرائط رفعها.

المطلب الثانى
آثار الدعوى بالنسبة للخصم المدعى عليه

١٦٦- لا يختلف مركز الخصم المدعى عليه (مدين المدين) عنه فى حالة ما اذا كان المدين نفسه هو الذى أقام الدعوى أو مارس الحق (ويعتبر رفع الدعوى غير المباشرة عليه بمثابة إعذاره بالتنفيذ).

ويترتب على ذلك أن علاقة هذا الخصم بدائنه تبقى على حالها ولا يطرأ عليها تغيير، بطبيعة الحال، اذ لا تعدو الدعوى غير المباشرة ان تكون وسيلة نيابة قانونية، كما سبقت الاشارة فى أكثر من موضع. ويترتب على هذا المفهوم الاساسى لهذه الدعوى عدة نتائج:

- ان للمدعى عليه ان يدفع الدعوى أو المطالبة فى مواجهة المدعى بما يدفعها به فى مواجهة المدين، وبالتالى يجوز له ان يتمسك بالدفوع المتعلقة بانقضاء الحق[1] كالدفع بالتقادم أو المقاصة أو الابراء أو سبق الوفاء أو التجديد أو اتحاد الذمة... الخ[1].

(١) وكذلك الدفع بالبطلان المطلق، والتمسك باجازة المدين للعقد القابل للبطلان حتى ولو حدثت الاجازة من المدين بعد رفع الدعوى، كما يتقيد الدائن فى مواجهة المدعى عليه بذات وسائل الاثبات التى يملكها الاصيل (مدين المدعى). ولكن يلاحظ ان المدعى عليه لا يستطيع ان يدفع دعوى الدائن بدفوع تخص شخص المدعى (الدائن) كوقوع مقاصة بينهما. فالدائن انما يقاضى المدعى عليه بصفته نائبا عن صاحب الحق، اى نائبا عن مدين المدعى الذى هو دائن المدعى عليه: وراجع: عبد المنعم البدراوى، السابق، رقم ١١٠، ومحمود جمال الدين زكى، أحكام الالتزام، ١٩٧٤، رقم ٤٢، محمد شريف عبد الرحمن، السابق.

يجوز للمـدعى عليه ان يتمسك بأى عارض آخـر يكون قد طرأ على علاقة مديونيتـه للمدين ويؤثر فيها من الناحية القانونيـة، كالتمسك بصلح تم بين الطرفين، أو بعقد مستتر أخفـته صورية بينهما، أو بـسبق الفصل فى نزاع بينهـما يؤثر فى وجـود الدين أو فى مقـداره. كذلك لو ان الدائن أقـام دعوى قسـمة مال شائع نيـابة عن المدين فانه يُحَاجُ بما يكون قـد إتفق عليه المدين مع شركائه من البقاء فى الشيوع لمدة معينة.

أيضـا يحـتج على المدعـى بما يكون قـد صـدر من المدين من إقـرار أو إجازه.

وحـاصل كل ذلك ان الخصم المدعى علـيه (مـدين المدين) يتعـامل مع المدعى فى ذات الحـدود الـتى يتـعـامل فـيـهـا مع الاصـيـل (مـدين المدعى) فالخصومة قائمة على حقٍ لهـذا الاخير، والمدعى هو نائبه، فى هذه الخصومة، بحكم القانون.

المطلب الثالث
آثار الدعوى بالنسبة للمدين

١٦٧- تتسم الـدعوى غيـر المباشرة بـأنها ذات أثر جمـاعى لا يقتـصر على رافع الدعوى وحده. فـاذا كسبها هذا الاخيـر، فان نتيجتهـا الايجابية لا تصب فى ذمـتـه، بل تصب فى ذمـة مدينه وتُثْرِى، بالتـالى، أو تحـافظ، على ضمـانه العام. ومن أجل ذلك أسبغ المشـرع، فى نص المادة ٢٣٥ مدنى، على الدائن رافع الدعوى مركز النيابة القـانونية عن مدينه. والحكم الذى يصدر فى الدعـوى إنما يصـدر لمصلحـة الاصـيل (مديـن المدعى). ولذلك فـان نتيـجـه الدعوى تكون لمصلحة الضمان العام، يستفيد منها المدعى وغيره من الدائنين، حيث يقـتسم الجـميع أمـوال المدين، بما فيهـا ما حكم به فى الدعـوى، قسـمة

الغرمـاء. واشتراك المدعى فى قـسمة الحـصيلة، على النحـو السابق، هو الذى يمثل وجه مصلحته الشخصية فى رفع الدعوى، ويبرر صفة النيابة التى أسبغها عليه المشرع فـى هذا الخصوص. ويترتب على هذا المعنى الاخـير انه لا يجوز رفع الدعوى غير المبـاشرة من دائن سبق ان حكم له قضائيا بـحقه قِبَلَ المدين، فمثل هذا الدائن لا يحتـاج إلى الدعوى غير المباشرة، ومـا عليه إلا ان يتخذ - بموجب الحكم الذى بيده- إجـراءات حجز ما لمدينه من أمـوال تحت يد الغير (مـدين المدين) حجـزاً تنفـيذياً. فـاذا لم يفى المحـجوز لـديه بالدين، غشـا او تدليـسا فللدائن أن يرفع عليـه دعوى الالـتزام ليـحكم له بدينه تعويضـا»[1].
ولجوء الدائن الى هـذا الاسلوب الأخير يعـد أكثر فـائدة له من الدعوى غـير المباشرة. ففـى الحالة الأولى ينفرد الدائن بنتيجة الحـجز الذى يجريه، فى حين انه، فى حالة الدعوى غـير المباشرة، لا يصيـبن منها الا بنسبة حقـه إلى حقوق الدائنين الآخرين.

- **ويلاحظ** أن النتيجة الجماعية السالف عرضها، للدعوى غير المباشرة، تمثل احد أوجـه النقد الهـامة التى توجه إلى نظـام هذه الدعوى ،والذى يؤدى بهـا إلى وضع اقل فـائدة وحسـمـا بالنسبـة للدائن، حـيث تَفْـضُلُهاَ، والحـال كذلك، وسائل قانونيةأخرى، أكثر فعالية وفائدة. **ومن ناحية اخرى،** فان فائدة الدعوى غيـر المباشرة قد تبـدو - حتى فى حدودها المتـواضعة السابقـة- غير مؤكـدة الفائـدة اذا كان حق المدين لدى الغـير هو مـبلغ من النقود. فـفى هذه الحـالة يستـوفى المحكوم له (مدين المدين) المـبلغ نتيـجة للحكم الذى يصـدر لصالحـه، وبعد ذلك قـد لا يجد الدائنون الى هذا المبلـغ سبيـلا. فقـد يسارع المدين إلى إنفاقه قـبضه ثم أو تبديده أو إخفائه. وفى مـثل هذه الاحوال (حالة

---

(١) نقض ٩ ابريل سـنة ١٩٣٦ مـجـمـوعــة القـواعـد، ١٩٩٤ - ٦٥٣ و ٩ ينـاير سنة ١٩٥٠. مجموعة القواعد- ٥-٥٨٣، محمد كمال عبد العزيز- السابق، ص ٨٦١ و ٨٦٢.

الدين النقدى) تكون مصلحة الدائن أوضح فى استعمال وسائل قانونية اخرى، كالحجز على المبلغ النقدى، لدى مدين المدين، حجزاً تحفظيا عملا بالمواد ٣٢٥ وما بعدها من قانون المرافعات. حيث تجيز هذه المادة لكل دائن أن يحجز على ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات او الديون ولو كانت مؤجله أو معلقة على شرط، ويشمل الحجز كل دين ينشأ للمدين فى ذمة المحجوز لديه الي وقت التقرير بما فى ذمته ما لم يكن موقعا على دين بذاته».

ومع ذلك، فيبقى ان **للدعوى غير المباشرة وظيفة تحفيزية ووقائية**، إذ بها يستحث الدائن دائنه الى المسارعة بالمحافظة على حقوقه قبل الغير أو المطالبة بها فى أوانها المناسب دون تقصير. فالمدين المقصر لابد ان يبادر الى تفادى نتائج تقاعسه عندما يشرع دائنوه فى التدخل فى شئونه الشخصية والمطالبة بحقوقه نيابة عنه.

- **وأخيرا** فان القانون، فى بعض الحالات، وبنصوص خاصة، قد يغنى الدائن عن كل المشقة السابقة **بأن** يخول له سلطة رفع **دعوى مباشرة قِبَلَ مدين المدين ليستوفى منه الدين مباشرة**، ولكى ينفرد به دون غيره من الدائنين. وهو نظام الدعوى المباشرة Action directe. ويلاحظ مبدئيا ان هذه الدعوى بحكم نتيجتها، ليست وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام، بل هى وسيلة مباشرة لاستيفاء الدين، قررتها النصوص الخاصة بها. ونعرض لهذه الدعوى فى الفصل التالى[١].

---

(١) راجع: فى التمييز بين الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة، نقض ٥/ ٧/ ١٩٩٠ طعن ٢١٨٠ س ٥٣ ق و ٩/ ٥/ ١٩٩١، طعن ١٧٨٠، س ٥٥ق.

الفصل الثانـــى

الدعـــوى المباشـــرة

١٦٨- تعتبر الدعـوى المباشرة وسيلة لاستيفاء الحق مـباشرة من مدين المدين. وهى تمثل، على هذا المعنى، إمـتيـاز، للدائن يمكنه من مطالبـة شخص بالحق، رغم عـدم وجود رابطة عـقدية تربـط بين الطرفين. وبتعـبيـر آخر فـان الدائن (المدعى) يستـفيد، عن طريق الدعـوى المباشرة، من عقـد لم يكن طرفا فيه. ووجه الخصوصـية، فى هذه الاستفادة، أن صاحبهـا يجنى ثمارها باسمه الشخـصى ولحسابه الشخـصى أيضا[1]. وتمثل الدعـوى المبـاشـرة، على هذا النحـو السابق، خـروجا على مـبدأ نسبيـة أثر العقـد، فهى تخـول للدائن ان يُحَصِّل مباشرة الحق من ذمة شخص غير مدينه، دون أن يمر هذا الحق بذمة هذا المدين.

- ويجد إقرار الدعوى المباشرة مبرراته الاصلية فى اعـتبارات العدالة. فقد ظهـرت فى بداياتها التاريخية فى بـعض احكام قضائية قديمة تعـتمد على تفسـير لبـعض النصوص القـانونية، خـاصة فى حـالات يكون الدائن، الذى يجوز له رفـع هذه الدعوى، هو الذى تسـبب فى نشأة حق مـدينه قبل الغـير، وبالتـالى لا يكون من العـدالة أن يزاحـمه دائنو المديـن فى الحصـول على هذا الحق، بل يكون له حق الافضلية فى إستيفائة مباشرة من ذمة مدين المدين، والا لأثرى الدائنون الآخرون، لو سـمح لهم بالمزاحمة، على حـساب الدائن الذى

---

(١) راجع: جامن Jamin مفهوم الدعـوى المباشرة، باريس ١٩٩١، وفلانيت Flantet رسالة عن العقـود المبرمة لحسـاب الغير، باريس، ١٩٥٠، جـستان، آثار العقـد، ط٢ رقم ٧١٣ وما بعدها، محمد شريف عبد الرحمن، السابق، ص ٥٠٤ وما بعدها.

أقام الدعوى المباشرة. ويتمثل هذا المعنى فى الوقت الحاضر فى تطبيقات عدة للدعوى المباشرة ،كدعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن، ودعوى المقاول من الباطن والعمال ضد رب العمل والموكل ضد نائب الوكيل... الخ[١].

- غير ان اعتبارات العدالة المشار اليها تبدو غير كافية لتأسيس الدعوى المباشرة من الناحية القانونية، لان مبدأ نسبية اثر العقد، ومبدأ المساواة بين الدائنين، هما من المبادئ الاساسية فنيا، والتى يتعذر تجاوزها لمجرد القول باعتبارات مستمدة من العدالة[٢]. لذلك حاول بعض من الفقه الفرنسى ان يضيف إعتبارات أخرى تساند تجويز الدعوى المباشرة. **فمنهم من ذهب إلى** تقديم فكرة الفضالة، حيث ان هذه الدعوى تحول دون الدائنين الآخرين والاثراء على حساب الدائن الذى كان سببا فى خلق الحق فى ذمة مدينه. وينطبق ذلك على حالة دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن. باعتبار ان الدين ينشأ من شغل المكان المملوك للمؤجر[٣]. وقد حاول **رأى آخر** ان يجد اساس الدعوى المباشرة فى **نوع من حق الامتياز** الذى يمارسه الدائن على الحق الذى يرفع عنه الدعوى بالمطالبة، ذلك ان المدعى هو الذى خلق القيمة التى يرد عليها هذا الامتياز[٤].

---

(١) راجع : جستان، السابق، رقم ٧١٩، جامن، السابق، رقم ٢١، ديمولمب، مطول العقود والالتزامات، ط٢، جزء ٢، رقم ١٣٩، السنهورى، رقم ٥٥٥.

(٢) راجع: جستان، السابق، رقم ٧٦٣.

(٣) ديمولمب، السابق.

(٤) وهو رأى Labbe فى مقال فى المجلة الاقتصادية سنة ١٨٧٦، ص ٥٧٢، حول الامتيازات الخاصة الواردة على الديون، ورسالة عن ذات الموضوع من باريس للاستاذ دبراى Depray سنة ١٩٢٨.

١٦٩- ومن **ناحية اخرى حاول جانب من الفقه الحديث** ان يسند الدعوى المباشرة إلى **نظرية الأسرة العقدية**، أو سلسلة العقود المتعاقبة على شئ واحد، على اساس أن من انتقل اليه الشئ نقلا عن سلف، ثم عن سلف هذا السلف، تكون له دعوى عقدية مباشرة ضد سلف السلف. غير ان هذه النظرية بدورها تعرضت لكثير من الجدل، وكثير من الاختلاف فى الفقه والقضاء فى فرنسا[١]. وهو ما دعى إلى طرح فكرة أخرى تقوم على أن الدعوى المباشرة ما هى الا **احدى الوسائل القانونية** التى يقررها النظام القانونى بنصوص تشريعية **بغرض الاستيفاء المباشر والمبسط لبعض الحقوق**. وعلى هذا النحو فانها تصحح بعض النتائج السلبية لمبدأ نسبية أثر العقد[٢]، «فى الصور التى يكون فيها حق المدين فى ذمة مدين المدين ناشئا عن عقد، ذلك ان العقد الذى انشأ حقا للمدين فى ذمة مدين المدين يجعل لدائن المدين سبيلا مباشرا الى هذا الحق دون ان يكون هذا الدائن طرفا في العقد»[٣].

- **وحاصل ما سبق** اننا نستطيع تعريف **الدعوى المباشرة** بأنها تلك التى تقررها نصوص قانونية خاصة، **وتخول الدائن ان يستأدى مباشرة ما هو مستحق لمدينه فى ذمة مدين المدين مباشرة، لحساب نفسه دون مزاحمة بقية دائنى هذا المدين. وهى لا تتقرر الا بنصوص تشريعية** باعتبارها إستثناءً على مبدأ نسبة اثر العقد من ناحية، وباعتبار ان نتيجتها تخول الدائن ما يشبه حق الامتياز على الحق المطالب به في مواجهة الدائنين العاديين الآخرين، من ناحية

---

(١) راجع: مازو وشاباودى جولار، السابق، رقم ٧٥٤، جستان، رقم ٧٥٤ وما بعدها، وراجع حمدى عبد الرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية، ص٥١٠ وما بعدها.

(٢) راجع: جستان. السابق، رقم ٧٧١ وما بعدها.

(٣) السنهورى، السابق، رقم ٥٥٥.

أخرى. والاصل ان الامـتياز لا يتـقرر إلا بنص[١]. واخيرا فـان من خصائص الدعوى المبـاشرة ان وجودها لمصلحة الدائن لا يمنع المدين من ان يـقيم دعواه بالمطالبة قبل مدينه[٢].

- وانطلاقا من هذه التحديدات السابقة يمكن تمييز الدعوى المباشرة عن بعض النظم التى قد تشتبه بها، وبالتالى يثور خلط فيما بينها، كما يمكن تحديد خصائصها وشروطها ثم بيان حالاتها.

---

(١) مارتى ورينو، الالتزامـات، الجزء الثانى، رقم ١٥٦، ويقرر بأن الدائن له شبه امـتياز يعنى انه ليس امتياز بالمعنى المقصود فى الحقوق العينية التبعية، لان الدائن لو تزاحم مع صاحب إمتياز من هذا النوع فان الافضلية تكون لهذا الاخير.

(٢) راجع فى الاسس الاخرى التى قبل بهـا لتأسيس الدعوى المباشرة ومنهـا، الاشتراط لمصلحة الغير، والامتياز، والحجز التحـفظى، وحوالة الحق، والانابة، وقد وجهت انتقادات عدة لهذه المفـاهيم من منطلق ان الدعوى المـباشـرة تتمـيز بثـلاث خصـائص ١- انها وسـيلة مبـسطة لاستـيفاء الدين، ٢- انها تمكن الـدائن من الاستيلاء على مـا فى ذمة مدين المدين بما يقـربها نسبيـا من وسائل الحجز والتنفـيذ، ٣- انها تميز الدائن بالانفـراد بالقيمة المتحـصلة من مدين المدين، بما يقربهـا نسبيا من نظم التـأمينات التى تعطى للدائن صاحب التـأمين العينى اولوية وافضلية فى استيفاء حقه: راجع Gozin ، الدعوى المباشرة، باريس ١٩٦٩، رقم ١٢٣.

المبحث الأول
استقلال الدعوى المباشرة عما يشتبه بها

١٧٠- ١ - **تتميز الدعوى المباشرة أولا، عن دعوى الضمان التى يملكها المشترى الاخير فى سلسلة عقود البيع الواردة** على شئ واحد ضد البائع الاول، وكذلك عن دعوى مشترى البناء ضد المقاول الذى أقام المبنى. ذلك ان هذه الدعاوى سالفة الذكر تنتقل على الشئ من السلف إلى الخلف، ولا يقوم هذا الانتقال إستنادا الى نص فى القانون بل يستند الى فكرة الملحقات Noiton d accessoire [١]، والتى من مقتضاها انتقال الشئ إلى الخلف بتوابعه وملحقاته، ومنها دعاوى الضمان. ويؤكد الاختلاف بين هذه الدعاوى الاخيرة والدعوى المباشرة، ان تلك الدعاوى لا تستهدف استيفاء دين ولكنها تستهدف تيسير الطريق الإجرائى للتعويض عما تكشف من عيوب فى الشئ محل التعاقد. فى حين ان الدائن، فى حالة الدعوى المباشرة، يضع يده على الحق القائم فى ذمة مدين المدين ليتحصل عليه لنفسه إستيفاء لدينه مباشرة[٢].

٢- **ولا يعد من قبيل الدعوى المباشرة، ثانيا**، رجوع الاصيل على من تعاقد مع الوكيل، ذلك ان هذا الرجوع انما هو إعمال مباشر لمفهوم النيابة فى التعاقد، والذى بمقتضاه تنتقل حقوق والتزامات العقد الذى أبرمه الوكيل إلى ذمة الاصيل مباشرة دون أن تمر بذمة هذا الوكيل. فهذا الاخير يخرج من نطاق العلاقة التعاقدية بمجرد إتمامه للعمل الموكل فيه.

---

(١) راجع: جستان، السابق، رقم ٧٣٧، وملاحظات الاستاذ ماليتفو فى دالوز ١٩٧٤-١٤٨، وكورنى فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٣- ٥٨٢، مارتى وربنو، السابق، رقم ١٥٨.

(٢) مارتى وربنو، السابق، رقم ١٥٨.

٣- **ولا يعد من قبيل الدعوى المباشرة، ثالثا**، رجوع المستفيد من الورقة التجارية (الكمبيالة) على القابل، إذ أن هذا الرجوع إنما يعتمد على تقنية خاصة تحكمها قواعد الاوراق التجارية المنصوص عليها فى قانون التجارة.

٤- **ولا يعد من قبيل الدعوى المباشرة، رابعا**، الرجوع فيما بين المؤجر والمتنازل له عن عقد الايجار. ذلك ان هذا التنازل، اذا ما تم صحيحا مستوفيا لشرائطه القانونية، فان العلاقة تصبح مباشرة بين المؤجر والمستأجر الجديد (المتنازل له). وتضحى علاقة المديونية او الدائنية بينهما مباشرة، حيث خرج المستأجر المتنازل نهائيا من العلاقة العقدية. وكذلك الحال فى حالات الحوالة التى تتم قانونا صحيحة ونافذة، حيث يكون الرجوع مباشرا (وليس من خلال مدين المدين) فيما بين المحال والمحال عليه. وبذات المنطق لا مجال للدعوى المباشرة فى حالة تجديد الالتزام بتغيير المدين، حيث ينشأ التزام جديد بين الدائن والمدين الجديد مباشرة. وينطبق ذات المفهوم على حالة الوفاء مع الحلول، حيث يكون رجوع الموفى على المدين باعتبار انه دائن مباشر، وليس باعتباره يطالب بحقه قبل مدين المدين.

٥- **وأخيرا**، لا يعد من قبيل الدعوى المباشرة، رجوع المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير على المتعهد. فوفقا لنظام الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حق مباشر يخول له مكنة المطالبة به قبل المدين، بصفته دائنا لهذا المدين، وليس بصفته دائنا لدائنه. ويترتب على هذا المفهوم انه فى حالة التأمين على الحياة لمصلحة طرف ثالث (الزوج الآخر أو لمصلحة أحد الاقارب) فان للمستفيد، فى حالة الوفاة، أن يطالب بحقه، بصفته تلك، وهو بالتالى لا يطالب بحق المتوفى الذى كان مؤمنا على حياته. وبتعبير آخر لا يتعلق الامر بحق الدائن قبَلَ مدين المدين. (وذلك بخلاف الحال فى التأمين عن المسئولية).

المبحث الثانى
خصائص الدعوى المباشرة وشروطها

تتميز الدعوى المباشرة بخاصيتين أساسيتين، وتنعكس هاتان الخاصيتان على شروط إستعمال هذه الدعوى.

المطلب الاول
خصائص الدعوى المباشرة

- الخاصية الأولى : الدائن يباشر المطالبة بحقه الشخصى باسمه وليس نيابة عن المدين:

١٧١- تمثل هذه الخاصية أوضح ما يميز الدعوى المباشرة، فالدائن فيها يستعمل مُكْنَةً خولها له القانون لمصلحته الشخصية، سواء فى صفته فى إستعمالها، سواء فى النتيجة المتحصلة عنها، حيث ينفرد بهذه النتيجة دون غيره من دائنى المدين.

ويترتب على ممارسة الدائن لسلطة خوله إياها القانون مباشرة أن المدعى عليه (مدين المدين) **لا يملك فى بعض الحالات ان يحتج فى مواجهة المدعى ببعض الدفوع** التى كان يملكها فى مواجهة دائنه. ومن ذلك **الدفوع التى يعود سببها الى وقت لاحق لرفع هذه الدعوى المباشرة، أو لاحقه على إعذاره بالوفاء.** فالمدعى عليه لا يملك بالتالى الاحتجاج على المدعى بوفاء لاحق لرفع الدعوى، أو بوفاء أجراه بعد إعذاره، أو بمقاصة تحققت شروطها مع دائنه فى هذا الوقت، وكذلك الحال فى الحوالة[٢].

---

(١) ولكنه يملك ان يدفع الدعوى بجميع الدفوع الخاصة بالدائن من حيث المبدأ، كالدفع بانقضاء الالتزام او بطلانه.... الخ.

(٢) راجع فى كل ذلك، مارتى ورينو، السابق، رقم ١٦٥، والسنهورى رقم ٥٦٤.

والمفهوم السابق ذكره يعنى ان للدائن (المدعى) حقوقا فى مواجهة المدعى عليه اكثر مما كان لهذا الاخير قبَل دائنه، ومع ذلك فان **تعجيل مدين المدين الوفاء** لهذا الاخير قد يعتد به، فى بعض الحالات، فى مواجهة المدعى اذا تم قبل الاعذار، بشرط ان يكون موافقا للعرف أو لاتفاق ثابت سابق (م٥٩٦ في شأن دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن).

وتعود التحديدات السابقة إلى ان الدعوى المباشرة ،التى يخولها القانون، للدائن لا تنفى بقاء الدائن الأوسط (مدين المدعى) بصفته تلك فى مواجهة مدينه. وبالتالى فإلى وقت رفع الدعوى المباشرة، أو إلى وقت إعذار الدائن مدين المدين بالوفاء، يكون من حق المدين ان يفى لدائنه الاصلى، كما يجوز له ان يتمسك فى مواجهته بأى سبب قائم لانقضاء المديونية. فاذا انقضى الالتزام، على أى نحو كان، أُحتُجَّ على الدائن المدعى بذلك. وعلى العكس اذا وَفَّى مدين المدين للمدعى فان ذلك حجة على الدائن الأوسط، وتبرأ ذمة مدين الدين بالتالى فى مواجهة هذا الدائن. فالمسئولية القائمة فى ذمة كل من المدين ومدين المدين، قبل الدائن المدعى، هى مسئولية على سبيل التضامم وليست على سبيل التضامن(١).

الخاصية الثانية: ان الحق المطالب به هو حق المدين اصلا:

١٧٢- فالدائن، فى ممارسته للدعوى المباشرة، لا يطالب باسمه الشخصى ولحسابه الشخصى، ولكنه يطالب بحق مدينه لدى مدين هذا المدين. ويترتب على هذا التحديد عدة نتائج:

---

(١) راجع : السنهورى، السابق، رقم ٥٥٥.

النتيجة الأولى: ان الدائن المدعى، يتابع تحصيل حق مدينه لدى الغير مستعينا بما لهذا الحق من مزايا وضمانات. وتبدو هذه النتيجة غاية فى الاهمية حيث يكون حق المدين لدى الغير مضمونا بتأمين عينى. ففى هذه الحالة يحقق هذا التأمين ميزة جوهرية للدائن المدعى فى مواجهة دائنى مدين المدين، ويعطى له أولوية فى استيفاء حقه وفقا لمرتبة التأمين.

النتيجة الثانية: يتحدد بها حق الدائن المدعى بحدود حق مدينه لدى الغير. فالمدعى مقيد بحدود هذا الحق. **أولا** فيما يتعلق بقدر المديونية بطبيعة الحال، فالدائن لا يستطيع، أياً كان قدر حقه، ان يتجاوز حدود ما هو مستحق فى ذمة مدين المدين. **وثانيا** يتحدد حق الدائن بالدفوع التى يملكها مدين المدين فى مواجهة دائنه سواء تعلقت هذه الدفوع بما يقضى على رابطة المديونية من اساسها، كالدفوع المتعلقة بالبطلان. أو ما يتعلق بانقضائها بسبب من اسباب انقضاء الالتزام وفق الضوابط السالف ذكرها[١]. وكما تتقيد مكنة الدائن فى المطالبة بما يلحق بحق مدينه من اوصاف تتعلق بشرط او بالاضافة إلى أجل.

النتيجة الثالثة: انه ما دام الحق هو للمدين قِبَلَ مدينه، فان لدائنى الاول حق الحجز عليه تحت يد هذا الاخير، وينفذ هذا الحجز فى مواجهة المدعى مادام قد تم قبل اعذار مدين المدين بالوفاء أو قبل رفع الدعوى عليه.

(١) راجع: مارتى ورينو، السابق.

المطلب الثانى
شروط رفع الدعوى المباشرة

الشرط الأول: أن يكون الدائن صاحب حق موجود وحال الأداء:

١٧٣- يشترط ان يكون حق الدائن موجودا، أى محقق الوجود. كما يتعين، وعلى خلاف الدعوى غير المباشرة، أن يكون هذا الحق حال الاداء. فلا تقبل الدعوى المباشرة من دائن عُلِّقَ حقه على شرط واقف، أو أُضِيفَ إلى أجل واقف. ويعود سبب هذا القيد إلى أن الدعوى المباشرة ليست دعوى تحفظية تدرأ خطرا ولو قادما، بل هى دعوى أقرب إلى إجراءات التنفيذ، إذ بها يستوفى الدائن حقه بالفعل، وبالتالى لا يتصور ان تكون مقبوله الا اذا كان هذا الحق حال الاداء. وفيما عدا هذا التحديد لا يشترط ان يكون بيد الدائن سند تنفيذى، بل ولا يشترط، قانونا، ان يسبق رفع الدعوى إعذار مدين المدين بالوفاء.

الشرط الثانى: ان تتوافر للدائن مصلحة فى رفع الدعوى المباشرة:

وهو شرط عام لقبول أى طلب أو دفع أو دعوى، عملا بالمادة الثالثة من قانون المرافعات، كما سبق أن أسلفنا. وتتمثل مصلحة الدائن فى أنه دائن لمدينه بحق مستحق الاداء. وبالتالى فان هذا الشرط لا يضيف جديدا يختلف عن الشرط الأول سابق الذكر. ولكن الامر يقتضى نفى شبهة تتعلق بمدى اشتراط ان يكون المدين معسرا أو ان يكون عدم استيفائه لحقه قِبَلَ مدينه يُزِيدُ فى إعساره. يبدو من استعراض حالات الدعوى المباشرة ان هذا الشرط الاخير ليس لازما، ذلك ان هدف الدعوى المباشرة ليس علاج حالة الاعسار أو زيادته، بل هى تتجاوز ذلك لتكون وسيلة لتيسير استيفاء الحق لحساب

قَـدَّمَ منفعـة للمـدين وآلت هذه المنفـعـة إلى مدين المدين (حـالة الايجـار من الباطن)، أو لتغطية خـسارة، تحملها، كما فى حالة التأمين من المسئولية. ففى مثل هاتين الحـالتين يستـوى ان يكون مدين المدعى موسـراً أو معـسراً، فليس ذلك هو المقصود الاساسى من الدعوى المباشرة.

الشرط الثالث: مدى وجوب إدخال المدين فى الدعوى:

لا يشتـرط فى الدعوى المباشرة عـموما إدخـال المدين فى الدعوى التى يرفعهـا الدائن على مدين هذا المدين. ومع ذلك يبدو أن أمـر الإدخال هام من الناحية العملية فى بعض الحالات. فضلا عن ضرورته من الناحية القانونية فى حـالات اخرى. ومن هذه الحـالات الاخيـرة حالة الـتأمين من المسـئوليـة عن حوادث السـيارات مثلا، اذ يتـعين ان يُخْتَصَمَ فى دعـوى المسئوليـة الفاعل أو المسئول عن الحـقوق المدنية، وهو مدين المضـرور. ولا يستقيم قـانونا أن تسير دعـوى المسئولية، التى تؤول فى نهـاية المطاف إلى الزام شـركة التـأمين بمبلغ التعويض، دون ان يكون الفاعل أو المسئول عنه مختصما فى الدعوى.

المبحث الثالث
حالات الدعـوى المباشـرة

وردت حالات الدعوى المباشرة فى نصوص متفرقة، سواء فى القانون المدنى أو فى غيره، ونعرض فيما يلى لأهم تطبيقاتها[(١)].

الحالة الأولى: المؤجر والمستأجر من الباطن:

١٧٤- نصت المادة ٥٩٦ من القانون المدنى على أن «١- يكون المستأجر من الباطن ملزما بأن يؤدى المؤجر مباشرة ما يكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الاصلى وقت أن ينذره المؤجر». «٢- ولا يجوز للمستأجر من الباطن ان يتمسك قِبَلَ المؤجر بما يكون قد عَجَّلَهُ من الاجرة للمستأجر الاصلى، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقا للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الايجار من الباطن».

وواضح من هذا النص ما يتمتع به المؤجر من دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن إستيفاءً لحقوقه فى الاجرة قِبَلَ المستأجر الاصلى. وهى دعوى تنطبق عليها جميع المواصفات السالف ذكرها فى العرض السابق لهذا الموضوع.

الحالة الثانية: حقوق المقاول من الباطن والعمال قِبَلَ رب العمل:

وقد نصت عليها المادة ٦٦٢ من القانون المدنى. «١- يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل، حق

---

(١) راجع: محمد شريف عبد الرحمن، السابق، ص ٥١٩ وما بعدها.

مطالبة رب العمل بما لا يجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الاصلى من وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قِبَلَ كل من المقاول الاصلى ورب العمل». «٢- ولهم فى حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الاصلى امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلى أو للمقاول من الباطن، وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة». «٣- وحقوق المقاولين من الباطن مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دين قبل رب العمل».

وواضح من النص السابق ان المشرع لم يقتصر على منح حق الدعوى المباشرة للمذكورين فيه بل دَعَّم مركزهم القانونى بتقرير حق امتياز يخول لهم الافضلية المشار اليها فى النص فى حالة توقيع الحجز من احدهم تحت يد رب العمل أو تحت يد المقاول الاصلى.

الحالة الثالثة: علاقة الموكل بنائب الوكيل:

نصت المادة ٧٠٨ من القانون المدنى على انه «١- اذا اناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون ان يكون مرخصا له فى ذلك، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه، فى هذه الحالة، متضامنين فى المسئولية». «٢- اما اذا رخص للوكيل فى اقامة نائب عنه، دون ان يعين شخص النائب، فان الوكيل لا يكون مسئولا الا عن خطئه فى اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما اصدره له من تعليمات». «٣- **ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ونائب الوكيل ان يرجع كل منهما مباشرة على الآخر**».

الحالة الرابعة: دعوى المضرور فى حوادث السيارات قبل شركة التأمين فى التأمين عن المسئولية:

وتقوم هذه الدعوى المباشرة على سند من نص المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ فى شأن التأمين الاجبارى عن حوادث السيارات حيث يتقرر للمضرور حق فى التعويض قِبَلَ شركة التأمين المؤمن لديها، وللمضرور بالتالى دعوى مباشرة قِبَلَ هذه الشركة للحصول على قدر التعويض الذى يحكم به القضاء[1].

---

(١) راجع: سعيد جبر، السابق، ص ١٣٨ و ١٣٩، وراجع المادة ٦٠٦ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ فى شأن التأمين الاجتماعى والتى نصت على ان لكل عامل اصيب بسبب ا العمل وفى أثناء تأديته الحصول من الهيئة المختصة على التعويض القانونى وتلتزم الجهة المختصة بأن تؤدى للعامل جميع حقوقه القانونية حتى لو كانت الاصابة تقتضى مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل دون اخلال بما يكون للمؤمن عليه من حق قِبَلَ الشخص المسئول.

الفصل الثالث

دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين[١]

(الدعوى البوليصية)

تمهيد: نشأة دعوى عدم النفاذ وتطورها:

١٧٥- أشرنا فى موضع سابق إلى أن مفهوم الضمان العام لا يقيد حرية المدين فى التصرف فى مفردات ذمته المالية. فالمال غاد ورائح فى هذه الذمة، سواء أدى ذلك إلى يساره أو إلى إعساره. وليس للدائنين، من حيث المبدأ، التدخل فى حريته فى التصرف فى أمواله بمنعه أو بتقييد هذه الحرية: إذ له ان يبيع أو ان يشترى، أو أن يهب أو أن يوصى، أو أن يرهن، أو أن يبرئ مدينه من التزامه.. كل ذلك وفقا لحريته وتقديره لأموره المالية، والاعتبارات المختلفة التى قد تدفعه إلى أى تصرف مما سبق[٢].

غير أن هذا التصور المثالى لحرية المدين قد ينتهى إلى تصرفات تسئ عمدا إلى مركزه المالى. وقد يقصد الاضرار بدائنيه، وقد يعمد برعونة وخفة إلى التبرع بأمواله أو ببعض منها، دون ان يكون، فى ذات الوقت، قادرا على الوفاء بما عليه من ديون. وإزاء مثل هذه الخطورة، التى قد تحيق بالدائنون، كان لابد من إيجاد وسيلة منضبطة تسمح للدائنين ان يحولوا بين المدين وإهدار مفردات الضمان العام إضرارا بمصالحهم. وقد تمثلت هذه الوسيلة فيما يعرف حاليا بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين. وهى دعوى يرفعها

(١) خالد حمدى عبد الرحمن، عن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، ٢٠٠٣.

(٢) راجع: أنور سلطان، أحكام الالتزام ١٩٩٧، رقم ٣٦، توفيق فرج، السابق، ص ٦٣، جلال العدوى، السابق، ص ١٠٧ وما بعدها، أحمد شوقى عبد الرحمن، السابق، ص ٥٩، محمد شريف عبد الرحمن، دروس فى شرح القانون المدنى ١٩٩٧- آثار الالتزامات-، ص ٥٩٩ وما بعدها.

الدائن طالبا الحكم له بعدم نفاذ التصرف الذى صدر من مدينه إضرارا بالضمان العام. وترجع هذه الدعوى تاريخيا إلى القانون الرومانى، وقد عرفت تحت اسم الدعوى البوليصية نسبة إلى فقيه رومانى يدعى بولصPaulus[١]. وقد اتخذت فى ذلك القانون صورة أمر إلى المدين ينهاه عن إتيان التصرف الذى يضر بدائنيه، وإلا تعرض للعقاب. وكان القاضى لا يصدر أمره إلا اذا امتنع من تعامل مع المدين عن رد ما خرج من ذمته اليه. وفى عهد الفقيه جستنيان آل الامر إلى إجراء جماعى يرتبط بتصفية أموال المدين «المفلس»[٢]، وتؤول الحصيلة إلى جماعة الدائنين من خلال ممثل لهم Curator bonorum يتولى تصفية أموال هذا المدين، حيث كان المصفى اذا وَجَدَ ان المدين المعسر قد تصرف فى امواله، إضرارا بدائنيه، يطلب «إبطال» التصرف لمصلحة جميع الدائنين، أى أن تؤول نتيجة الدعوى الى الضمان العام، حيث يقتسم الدائنون اموال هذا الضمان قسمة الغرماء[٣].

- انتقلت هذه الدعوى إلى القانون الفرنسى القديم، حيث اشار اليها الفقيه بوتييه، وأشار فى شأنها إلى القانون الرومانى، ولكنها لم تلق قدرا كافيا من الشرح والاهتمام. ثم جاء القانون المدنى الفرنسى الحالى وعرض لهذه

---

(١) يشك المحدثون من فقهاء تاريخ القانون الرومانى فى وجود هذه الشخصية، حيث يقال انها شخصية وهمية لم يكن لها وجود.

(٢) حيث كان الرومان يعرفون نظام «الافلاس» المدنى، والذى حل محله، فى القانون المدنى المصرى والفرنسى حاليا، نظام «الاعسار» المدنى.. واقتصر الافلاس على القانون التجارى بالنسبة للتجار.

(٣) راجع هيلين سيناىHélén Sinay مقال عن الدعوى البوليصية، المجلة الفصلية للقانون المدنى عام ١٩٤٨ ص ١٨٣، وجروبيه Grouber ، الدعوى البوليصية فى القانون الفرنسى المعاصر، رسالة من باريس سنة ١٩١٣.

الدعوى فى نص واحد هو نص المادة ١١٦٧ مدنى والتى تجيز لأى دائن باسمه الشخصى (أى أن الدعوى تحولت من إجراء جماعى إلى إجراء فردى يُسْنَدُ للدائن) الطعن على تصرفات مدينه التى تُحْدثُ إضرارا بحقوقه بنية الغش. وقد جاء النص المشار اليه مقتضبا ويحمل قدرا من الغموض والقصور فى صدد نوع الدعوى، وهل هى دعوى إبطال أم دعوى عدم نفاذ، أم دعوى تعويض. مع ما يترتب على كل تكييف من نتائج مختلفة فى كل حالة عنها فى الأخرى. كما لم يبين النص المذكور أية تفاصيل عن شروط قبولها والحكم فيها. وقد فتح كل ذلك بابا كبيراً للجدل فى القانون الفرنسى فقها وقضاء.

- وفى القانون المصرى التديم، سلك الشارع مسلك صنوه الفرنسى فجاءت المادة ١٤٣/ ٢٠٤ لتقرر ان «للدائن فى جميع الأحوال الحق فى «إبطال» الافعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم وفى طلب إبطال التبرعات وترك الحقوق اضرارا بهم». واتسم هذا النص ايضا، كما هو واضح من صياغته، بالقصور والاقتضاب، مما فتح الباب بدوره امام الجدل حول شرائط تطبيقه ونطاق هذا التطبيق[١].

تنظيم دعوى عدم النفاذ فى القانون المصرى الحالى:

١٧٦- استفاد المشرع المصرى من أوجه القصور فى دعوى عدم النفاذ فى ظل القانون الفرنسى والقانون المدنى المصرى القديم، وحاول بالتالى سد ما كشف عنه العمل من ثغرات فى نظامها. وفى ذلك يقرر الاستاذ السنهورى

---

(١) راجع: فى المؤلفات القديمة شرح القانون المدنى لاحمد فتحى باشا زغلول، ص ٣٧٥ وما بعدها.

أن «أهم تعـديل ادخله هو انه جعل نـفع هذه الدعوى لا يقـتصـر على الدائن الذى رفعها بل يعم سائر الدائنين ممن تتوافر فيهم شروط استعمالها[١]. ثم أن التـقنين الجديد وسع فى نطـاق التصـرفات التى يجـوز للدائن الطعن فـيهـا، فشـمل هذا النطاق. ليس فحـسب التصـرفات التى تنقص حـقوق المدين، بل ايضا تلـك التى تزيد فى التزامـاته، وكذلك الوفـاء الحاصل من المدين المعـسر وتقديمه أحد دائنيـه على الآخرين، دون حق. وعمد التـقنين الجديد إلى الأخذ باسبـاب التيسـير فى مسائل الاثبـات، فأقام قـرائن قانونية على اعـسار المدين وعلى غشـه وعلى تواطؤ الخلف الاول والخلف الثانى فـى هذا الغش. وجعل التقنين الجـديد للخلف سبـيلا لتـوقى اثر الدعوى، اذا هو اودع الثـمن خزانة المحكمة، وأنـشأ تقادمـا خاصة لـلدعوى مدته ثلاث سنوات، حـتى لا يطول الوقت الذى يظل فيه مصير التصرف معلقا»[٢].

– ونعـرض فيـما يلى لاحكام دعـوى عدم نفـاذ تصرفـات المدين ثم لآثارها كُلٌ فى مبحث مستقل.

---

(١) وذلك عكس الوضع الذى كـان فى ظل القانون المدنى الـقديم حيـث كانت تقـتصر فـائدة الدعوى على رافعها وحده.

(٢) السنهورى، السابق، رقم ٥٦٨، وذات المعانى فى المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى، مجموعة الاعمال التحضيرية، جزء -٢- ص ٦٠٤ و ٦٠٥.

المبحث الأول
أحكام دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين

تقديـــم:

١٧٧ - تهـدف دعوى عـدم النفاذ (الدعـوى البوليـصيـة) إلى حمـاية الدائن ضد مخاطر تصرفات المدين التى تـتسم بعدم الامانة فى التعامل (والتى تتـخذ صورا مـحددة أوردتهـا نصوص القـانون المدنى)، على نحـو يضر فـيه بضمانه العام، ويحول دون الوفاء بما عليه من ديون كليا أو جزئيا. وفى غياب مثـل هذه الدعوى لا يملك الدائن العـادى وسيلة قـانونية لتـتبع الامـوال التى تخرج من ذمة مدينه، فحق التتبع مقـصور على بعض اصحاب الحقوق العينية التبعية، أى على الدائنين غير العـادين. ومن هنا كانت فائدة، وفعالية، دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، فى مواجهة دائنيه، اذا ما كسبوا هذه الدعوى لتوافر شرائطها القـانونية. وقد وضع القانون المدنى الحـالى ضوابط هذه الدعوى فى المواد ٢٣٧ حتى المادة ٢٤٣.

وقد نصت المادة ٢٣٧ مـدنى على انه «لكل دائن أصبح حـقه مسـتحق الاداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه، اذا كان التصرف قـد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليـه اعـسـار المدين أو الزيـادة فى اعـساره، وذلك مـتى توافـرت الشـروط المنصوص عليها فى المادة التالية».

ونصت المادة ٢٣٨ مدنى «١- إذا تصرف المدين بعـوض، أُشتُرِطَ لعدم نفـاذه فى حق الدائن ان يـكون منطويا عـلى غش من المدين، وأن يـكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على

الغش ان يكون قد صدر من المدين وهو عالم انه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم ان هذا المدين معسر». «٢- أما اذا ما كان التصرف تبرعا، فانه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا». «٣- واذا كان الخلف الذى انتقل اليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف الا اذا كان الخلف الثانى يعلم بغش المدين، وعلم الخلف الاول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض. أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الاول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً».

- ونصت المادة ٢٣٩ على انه «اذا إدعى الدائن إعسار المدين فليس عليه الا ان يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون وعلى المدين نفسه ان يثبت ان له مالاً يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها».. ونصت المادة ٢٤٠ مدنى على انه «متى تقرر عدم نفاذ التصرف إستفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم».

- ونصت المادة ٢٤١ مدنى على انه «اذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فانه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بايداعه خزانه المحكمة». ونصت المادة ٢٤٢ مدنى «١- اذا لم يقصد بالغش الا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه الا حرمان الدائن من هذه الميزة». «٢- واذا وَفّى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عُيِّنَ أصلا للوفاء، فلا يسرى هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين، وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء، ولو حصل بعد انقضاء هذا الاجل، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه». وأخيراً نصت

المادة ٢٤٣ مدنى على أن «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط فى جميع الاحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه».

– ويتضح من العرض السابق لنصوص القانون المدنى، فى شأن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، أن المشرع قد عرض بتفصيل معقول لشروط هذه الدعوى وآثارها وتقادمها.

ونعرض فيما يلى لشروط هذه الدعوى:

المطلب الاول

شروط دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين

١٧٨ – يستفاد من النصوص القانونية السالف عرضها أن من شروط الدعوى ما يتعلق بحق الدائن، ومنها ما يتعلق بالمدين وبالتصرف المطعون فيه، ونعرض لكل منهما فى مقصد مستقل.

المقصد الاول

شروط دعوى عدم النفاذ المتعلقة بحق الدائن

١٧٩ – يسعى الدائن إلى الحصول على حكم بعدم نفاذ التصرف الذى اجراه المدين بما يؤدى – اذا قُضِىَ له بذلك– إلى بقاء المال المتصرف فيه فى ذمة المدين. ودعوى عدم النفاذ، على هذا النحو، يُمَثِّلُ تدخلا في شئون المدين وحريته فى التصرف على نحو أكثر شدةً منه فى حالة الدعوى غير المباشرة، والسابق عرضها. فهذه الاخيرة تواجه إهمالا وتقاعسا من جانب المدين فى

المحافظة على حقوقه لدى الغير، ويقوم الدائن فيها برفع الدعوى نيابة عنه للمطالبة بحقوقه.

أما دعوى عدم النفاذ فتواجه تصرفا إيجابيا صدر من المدين، ويسعى الدائن إلى إفشال أثره عن طريق الحكم بعدم النفاذ، وعلى نحو يبقى فيه المال في ذمة المدين، وكأنه لم يخرج قط من هذه الذمة. ولذلك فان هذه الدعوى الاخيرة تعتبر تصعيدا مقصودا لتدخل الدائنين في حرية المدين فى التصرف الذى يلحق ضررا بالدائنين. وتُعْتَبَرُ، فى صورتها التى نظمها عليها القانون المدنى، تمهيدا للتنفيذ على أموال المدين المعسر واستيفاء حقوق الدائنين من حصيلة بيعها، فرغم ان هذه الدعوى فى ذاتها ليست إجراءً من اجراءات التنفيذ، فهى سابقة على هذه الاجراءات ومستقلة عنها. ومن منطلق هذه المفاهيم، وهذه الاهمية، التى تلازم دعوى عدم النفاذ، كان تنظيم القانون للشروط المطلوبة فى حق الدائن الذى يباشر هذه الدعوى. فقد حددت المادة ٢٣٧ من القانون المدنى حق رافعها «لكل دائن حقه مستحق الاداء». ونعرض فيما يلى لشروط حق الدائن[١] من خلال تحديدات ثلاث:-

التحديد الأول- أن يكون حق الدائن مستحق الاداء:

١٨٠- ومفاد ذلك إمتناع الدعوى على من كان صاحب حق معلق على شرط واقف أو مضاف إلى اجل واقف. وفى هذا الخصوص تختلف هذه الدعوى كما سبق ان أشرنا، عن الدعوى غير المباشرة[٢]، نظراً لاختلاف درجة الخطورة التى تمثلها كل منهما بالنسبة للتدخل فى شئون المدين. وتجوز دعوى عدم النفاذ لصاحب الحق المعلق على **شرط فاسخ** أو المضاف **إلى أجل**

---

(١) راجع: محمود جمال الدين زكى، السابق، رقم ٤٤ وما بعدها.

(٢) حيث لا يشترط لرفع الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن مستحق الاداء (م٢٣٥ مدنى).

فاسخ ذلك أن هذين الوصفين لا يحولا دون استحقاق الاداء على النحو المشروط فى هذه الدعوى[١]، ويقتضى شرط استحقاق الحق أيضا أن يكون خاليا من النزاع. وهو أمر بدهى اذ «أن استحقاق الاداء مرتبة فى الحقوق اعلى من مرتبة الخلو من النزاع[٢]، ومتى اشترطت المرتبة الاعلى فان المرتبة الادنى تكون ضمنا مشترطة»[٣].

ويلاحظ أنه اذا كان **الاجل واقفا فانه يحول دون رفع دعوى عدم النفاذ، حيث يكون حق الدائن، في هذه الحالة، غير مستحق الاداء. ومع ذلك فان هناك حالات يسقط فيها الاجل قبل أوانه. فاذا سقط الاجل بسبب من اسباب سقوطه القانونية، فان حق الدائن يصبح مستحق الاداء**[٤] ويجوز ان ترفع به دعوى عدم النفاذ. ونضيف ان من شروط رفع هذه الدعوى ان يكون تصرف المدين قد أدى إلى اعساره أو زيادة اعساره. والاعسار هو أحد اسباب سقوط الاجل، حيث تنص المادة ٢٥٥/ ١ على ان «يترتب على شهر الاعسار ان يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة..». **ولكن الامر فى هذه الحالة منوط بصدور حكم بشهر الاعسار قضائيا وليس بمجرد الاعسار الفعلى..**

---

(١) ولكن يتخلف وصف الاستحقاق إذا كان حق الدائن معلقا على شرط واقف أو مقترنا بأجل واقف.

(٢) السنهورى، السابق، رقم، ٥٧١: ولذلك فاذا ثار نزاع قضائى فى شأن المديونية تعين وقف دعوى عدم نفاذ التصرف، إلى ان يقضى فى الدعوى الاولى بحكم نهائى أو بحكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل، نقض ١٤/ ٢/ ١٩٥٢ طعن ٧٢س ٢٠ق.

(٣) لعل من البدهى ان نشير إلى ضرورة أن تكون المديونية حقيقية غير صورية، فلا يجوز لصاحب الحق الصورى أن يقيم دعوى عدم النفاذ.

(٤) تنص المادة ٢٧٣ مدنى على ان يسقط الاجل: ١- اذا اشهر اعسار المدين أو افلاسه، ٢- اذا اضعف بفعله التأمينات الى حد كبير، ٣- اذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات، وراجع: أنور سلطان، السابق، رقم ٣٩، توفيق فرج، السابق، ص ٦٢، أحمد شوقى عبد الرحمن، السابق، ص ٥٩، طلبه وهبة، السابق، رقم ٧٩ وما بعدها، جلال ابراهيم، السابق، ١٠٤ وما بعدها.

ويترتب على ذلك ان الدائن بحق مؤجل إما ان يطلب أولا الحكم بشهر إعسار المدين، فان قضى له بذلك، سقط الاجل، وأمكنه اقامة دعوى عدم النفاذ. وفى استطاعة الدائن ان يطلب الامرين فى دعوى واحدة، حيث يلتمس فيها أولا الحكم بشهر إعسار المدين، ثم القضاء له بعدم نفاذ تصرف هذا المدين.

وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى «أن مفاد نص المادتين ٤١٨ و ٢٣٨ من التقنين المدنى أن المشرع قد فرق بين **الاعسار القانونى** الذى استلزم توافره لشهر إعسار المدين واشترط لقيامه ان تكون امواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الاداء، وبين **الاعسار الفعلى** الذى استلزم توافره فى دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدى التصرف الصادر من المدين الى ان تصبح امواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الاداء أو مضافا إلى أجل. **ومؤدى ذلك ان الاعسار الفعلى أوسع نطاقا من الاعسار القانونى فقد يتوافر الاول دون الثانى**[1]».

- ويترتب على هذه التحديدات **ان الاعسار، كشرط لرفع الدعوى البوليصية لصاحب الدين الحال الاداء، هو مجرد الاعسار الفعلى** الذى قد تنبئ به حالة المدين المالية الظاهرة، **أما الاعسار الذي يُسْقِطُ أجل الدين المؤجل فانه الاعسار الرسمى الذى يصدر به حكم قضائى**. وفى هذه الحالة الأخيرة (الاعسار بحكم قضائى) لا يكفى مجرد الادعاء بأن اموال المدين لا تكفى لسداد ديونه جميعا بل **يجب أن يثبت أن هذه الاموال أقل قيمة من الديون المستحقة الاداء** (أى حَالَّة السداد) وذلك عملا بالمادة ٢٤٩ من القانون المدنى.

(١) نقض ٦/١٢/١٩٧٩ مجموعة احكام النقض س ٣٠-٣-١٧١.

التحديد الثانى: ان يكون حق الدائن سابقا على تصرف المدين المطعون عليه:

١٨١ - يرتبط هذا الشرط بمفهوم مصلحة الدائن من **ناحية**، وبمفهوم الغش وسوء النية الذى يجب ان يخالط مسلك المدين فى تصرفه. من **ناحية أخرى** فالغالب الا يلحق بالدائن ضرر من جراء تصرف قام به المدين قبل «أن ينشأ حق هذا الدائن. فالمال المتصرف فيه، فى هذه الحالة، لم يكن ضمن الضمان العام للمدين، وبالتالى لم يعتمد عليه الدائن[1] فى منح الائتمان لهذا المدين، خاصة وان دعوى عدم النفاذ ليست وسيلة من وسائل التنفيذ على اموال المدين، كما سبق ان اشرنا. ومفاد ذلك بتعبير آخر **أن تتوافر لرافع الدعوى صفته كدائن عندما تصرف المدين فى أحد عناصر ذمته المالية**. ومع ذلك فان هناك **حالات يستثنى فيها الدائن من شرط اسبقية حقه** على تصرف المدين ومنها:

١ - **اذا أقام الدائن الدليل على توافر قصد الغش[2] نحوه**، رغم ان حقه نشأ تاليا لتصرف المدين. كأن يثبت انه فى وقت التفاوض على نشأة الالتزام قام المدين بتصرفه قاصدا تهريب بعض امواله وإضعاف ضمانه العام. والدائن فى اثباته هذه الملابسة يدمغ تصرف المدين بسوء الطوية وقصد الغش

---

(١) ويعتبر أن الدائن قبل التعامل مع مدين انتقصت ذمته المالية على نحو لا يستطيع معه الدائن ان يدعى ان ضررا قد لحقه من جراء التصرف السابق لمدينه: مارتى وورينو، رقم ١٧٠، ومن الفقه المصرى من يرجع شرط اسبقية حق الدائن على تصرف المدين إلى شرط الضرر لا إلى شرط الغش على اساس أن الغش ليس شرطا للطعن فى التبرعات فى القانون المصرى. اسماعيل غانم، رقم ٧٦.

(٢) راجع: السنهورى، السابق، رقم ٥٨١، اسماعيل غانم، رقم ٧٦، محمد لبيب شنب، احكام الالتزام، رقم ٩٣.

المسبق، بقصد حرمان الدائن مستقبلا من استخدام دعوى عدم نفاذ التصرف.

ومن تطبيقات ذلك ان يتقدم شخص للحصول على قرض من شخص آخر ويقدم له رهنا رسميا على أحد عقاراته، لضمان سداد هذا القرض، وفى ذات الوقت، وقبل توقيع عقد القرض، يسارع بهبة حق الرقبة، فى العقار المرهون، لابنته التى لم تتجاوز سنها ست سنوات. والمدين بهذا الاسلوب يقطع الطريق امام الدائن فى بيع العقار المرهون عند عدم السداد[1]. وقد حكم فى هذه الحالة «ببطلان الهبة» التى ابرمت بنية الغش نحو الدائن الذى كان مركزه القانونى كدائن فى طور النشأة. كذلك الحال لو ان شخصا رفعت عليه دعوى التعويض فسارع اثناء تداول الدعوى، وقبل الحكم فيها ضده بالمسئولية، الى التصرف فى أمواله أو بعضها، بنية حرمان المدعى، عندما يحكم له بالتعويض، من أموال الضمان العام[2]. كذلك الزوج الذى يسارع ببيع املاكه إلى اخيه إثر نزاع مع زوجته، حتى لا تجد ما ينفذ عليه اذا حكم لها بالنفقة.

٢ - ان المشرع يتطلب شكلية معينة لنشأة بعض التصرفات القانونية، وهى شكلية لانعقاد هذا التصرف (العقود الشكلية). ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٤٨٨ مدنى من أن «تكون الهبة فى ورقة رسمية، الا وقعت باطلة...». ففى هذا الفرض لو ان هبة عقار تمت بورقة عرفية قبل نشأة حق الدائن، ثم استكمل المدين والموهوب له الشكل اللازم قانونا بعد ذلك، فان من حق الدائن ان يرفع دعوى عدم النفاذ. وهذا الفرض لا يمثل استثناء حقيقيا، على

---

(١) محكمة بواتيه الفرنسية ١٢ اكتوبر سنة ١٩٣٢، سيرى ١٩٣٣-٢-٨١، و ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥، دالوز ١٩٣٦- ٢٦٤.

(٢) محكمة باريس، أول يونيو ١٩٣٤ سيرى، ١٩٣٥-٢-٤.

اساس أن شكلية العـقد تحول دون وجوده، وتحول من ثم دون الاعـتداد به ما دام استوفى الشكل المطلوب قانونا[١].

واذا توافرت أسبقيـة حق الدائن على تصرف المدين- من حيث المبدأ- جاز رفع دعوى عدم النفاذ أيا كان مصدر هذا الحق. يستوى أن يكون المصدر واقعة قانونية (الفعل الضار) أو تصرفا قانونيا كالعقد. وفى حالة الفعل الضار تكون العبـرة بتاريخ الواقـعة التى انشأت الالتـزام، ويثبت تاريخ هذه الواقـعة بكافة طرق الاثبات. مع ان هذه الواقعة هى التى تنشئ الالتزام من حيث المبدأ ولكنها لا تحـدد قدر المديونية، والتى لا تتـحدد الا إتفاقا أو قـضاء[٢]. وعلى ذلك يجوز للمضرور ان يرفع الدعوى اذا تصرف المسئول (المدين) بعد وقوع الحادث وقـبل الحكم بالتعويض. أمـا إذا نشأ حق الدائن عن تصـرف قانونى، فان أسبقية هذا التصرف لابد ان تكون ثابته ايضا.

وقد قضت مـحكمة النقض «أنه يشترط فى حق الدائن الذى يسـتعمل دعوى عـدم نفاذ التـصرف **ان يكون دينه... سـابقـا فى نشـوئه على صـدور التصرف المطعون فيه. والعبرة فى ذلك بتاريخ نشوء الحق لا بتاريخ إستحقاقه ولا بتعيين مقداره والفصل فيما يثور بشأنه من نزاع**[٣].

- غيـر أن التساؤل ثار حول طريق ثـبوت هذه الاسبقـية، وهل يلزم أن تكون نشأة حق الدائن ثابته التاريـخ قبل تصرف المدين؟ يلاحظ ابتداءً ان هذه

---

(١) راجع وقـارن: نقض مدنى فـرنسى ٢٦ أكتـوبر سنة ١٩٤٢- سيـرى- ١٩٤٣-١- ١١٩، ونقض مدنى فرنسى ٢٧ يناير سنة ١٩٨٢- بلتان المدنى-١- رقم ٤.

(٢) نقض مدنى فـرنسى ١٧ يناير سنة ١٩٨٤- دالوز- ١٩٨٩- ٤٣٧ وتعليق مـالورى، مارتى ورينو، السابق.

(٣) نقض مدنى ٨/ ٥ سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض س ٣٥- ١٢١٣.

الاسبقية تتعلق بمصدر الحق وليس بتاريخ استحقاقه، بمعنى أنه يكفى ان ينشأ الحق سابقا فى مصدره على تصرف المدين، أما شرط استحقاقه فهو شرط لرفع الدعوى. وليس هناك ما يمنع بالتالى أن يكون الاستحقاق لاحقا على تصرف المدين.

١٨٢- قد اثير التساؤل أيضا فى شأن دعاوى **عدم النفاذ التى ترفعها مصلحة الضرائب ضد الممول المعسر** (طعنا على تصرفه فى أمواله إضرارا بالمصلحة)، وكيفية تحديد وقت نشأة حقوق المصلحة؟ وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأن العبرة بالواقعة المنشئة لدين الضريبة وفقا للقانون، إذ ان هذه الواقعة تولد مع ميلاد الايراد الخاضع للضريبة. «أما الوِرْدُ فهو أداة تنفيذية لتحصيل الضريبة ولا يعتبر مصدراً للالتزام بالضريبة أو شرطا لتكونه، يؤيد هذا النظر انه يبين من نصوص بعض مواد القانون (١٤ لسنة ١٩٣٩) أن دين الضريبة ينشأ ويصبح واجب الاداء قبل ان يصدر به الوِرْدُ». فقد ألزم المشرع الممولين فى المادتين ٤٤ و ٤٨ من هذا القانون بعد تعديلها بالقانون ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ بالوفاء بالضريبة على اساس الاقرار المقدم منهم. وتقرر المادة ٤٥ وما بعدها أن الضريبة تصبح واجبة الاداء طبقا لما استقر عليه رأى المصلحة اذ اصرت على تصحيح الاقرار المقدم من الممول، واجازت المادة ٩٢ بعد تعديلها بالقانون ٢٧٥ لسنة ١٩٥٦ للمصلحة توقيع حجز تنفيذى بقيمة ما هو مستحق من الضرائب على اساس الاقرار اذا لم يتم اداؤها فى الموعد القانونى دون حاجة إلى اصدار «الورد». وتقضى المادة ٩٣ مكرر بالزام الممول بفائدة قدرها ٦٪ عن الضريبة التى لم يؤها فى تقديم الاقرار اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ انتهاء المواعيد المحددة لادائها... ذلك ان هذه المادة صريحة فى انها تعلق تحصيل الضريبة لا نشوءها على صدور الاوراد الواجبة التنفيذ. واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى فى

قضائه على ان دين الضريبة لا ينشأ فى ذمة الممول الا بعد صدور «الورد». ورتب على ذلك عدم توافر شروط الدعوى البوليصية بالنسبة لهذا التصرف والغاء الحجز الموقع على العقار فانه يكون قد خالف القانون»[١].

- وفى **عقود المقاولات** اذا اتفق مقاول على ان يؤدى اعمالا معينة في مقابل مبالغ تستحق عند اتمام العمل فى ميعاد معين، ثم تصرف المالك فى أمواله قبل ان يستحق المقاول تلك المبالغ باتمام العمل، فان حق المقاول يعتبر سابقا على التصرف المطعون فيه **لان العبرة بمصدر الحق لا باستحقاقه**»[٢].

- ومن **ناحية ثالثة** اختلف الرأى فى فرنسا فى شأن اشتراط ان يكون حق الدائن ثابتا فى تاريخه قبل تصرف المدين؟. **ذهب رأى** إلى ان المتعاقد مع المدين **(أى المتصرف اليه) يعد من الغير فى مواجهة الدائن**، وبحكم هذه الغيرية لا يحتج عليه بالتصرف الذى أنشأ حق الدائن الا اذا كان ثابتا فى تاريخه على نحو يقطع بأسبقيته على تصرف المدين[٣]. غير أن **رأيا آخر** ذهب- على عكس الرأى السابق- **إلى عدم جدوى شرط ثبوت تاريخ نشأة حق الدائن، ذلك ان الغش، باعتباره شرطا للطعن فى التصرفات العوضية، يجوز اثباته بكافة طرق الإثبات**. والتصرف الذى يصدر من المدين، على هذا النحو، ويطعن فيه بدعوى عدم النفاذ، لابد ان يكون، وبالضرورة، قائما على الغش[٤]. وقد انتقد البعض هذا الرأى الاخير على أساس انه يتجاهل أن غش المدين لا يجوز إثباته، من حيث المبدأ، الا اذا كان حق الدائن سابقا على

(١) نقض: ١٦ يناير سنة ١٩٧٤. مجموعة احكام النقض ٢٥٧-١٥٧.

(٢) سليمان مرقص، رقم ١٦٨.

(٣) راجع: أوبرى ورو، ط٦- جزء ٤ رقم ٣١٣ ونقض مدنى فرنسى ١١ أكتوبر سنة ١٩٧٨- بلتان المدنى -١- رقم ٢٩٩، ودائرة العرائض الفرنسية ٣٠ يناير ١٨٢٨ سيرى ١٨٢٨-١-٢٧٩.

تصرف هذا المدين، وبالتالى فان من المنطق ان يخضع تاريخ التصرف الذى يجيز للدائن رفع دعوى عدم النفاذ لقواعد الاثبات، كما تقررها القواعد العامة[1].

– وفى **الفقه المصرى** يذهب الاستاذ الدكتور سليمان مرقص إلى ضرورة ثبوت حق الدائن الذى يقيم دعوى عدم النفاذ اذا كان تاريخ التصرف المطعون فيه ثابتا، ولا ضرورة لذلك اذا لم يكن تاريخ التصرف المذكور ثابتا[2]. ويضيف انه يعتبر الدائن فى حكم الخلف العام للمدين، وان التاريخ غير الثابت للتصرف المطعون عليه يكون حجة عليه إلى أن يثبت هو عدم صحته[3].

– **ونعتقد فى نهاية المطاف** أن الامر يحسم عملا بالاعتراف للدائن فى جميع الحالات ان يثبت ان تلاعبا فى التاريخ قصد به الاضرار بمصالحه ومنعه من رفع دعوى عدم النفاذ، وله ان يثبت هذا الغش بكافة طرق الاثبات، يستوى فى ذلك ان تكون التواريخ جميعا عرفية، أو أن يكون احدها تاريخا عرفيا والآخر ثابتا، خاصة وان الدائن «يفاجأ فى أغلب الاحيان -على حد تعبير المذكرة الايضاحية للقانون المدنى- بالتصرف الصادر دون ان يكون قد احتاط من قبل لاثبات تاريخ سند الدين». والدائن يتقيد فى هذا الشأن بضرورة الطعن بالتزوير حين يكون تاريخ التصرف المطعون فيه ثابتا بطريقة رسمية.

– وفى المقابل لذلك يجوز للمتصرف اليه أيضا أن يجادل فى تاريخ

---

(١) مارتى ورينو، رقم ١٧٠.

(٢) سليمان مرقص، رقم ١٦٩.

(٣) سليمان مرقص، السابق، وراجع السنهورى، رقم ٥٨٤.

سند المدعى (الدائن) لكى يثبت انه قد تم تقديمه لكى يكون سابقا على تاريخ تصرفه بقصد الاضرار به للحصول على الحكم بعدم نفاذ التصرف الصادر له.

– وحاصل كل ذلك ان الاصل هو الأخذ بصحة سند الدائن وسند المتصرف اليه محمولا على تاريخه بالنسبة لكل منهما، وعلى من يدعى أن تغييرا فى حقيقة التاريخ حدث بقصد التحايل أن يقيم الدليل على صحة إدعائه بالوسائل القانونية.

التحديد الثالث: هل يقتصر رفع دعوى عدم النفاذ على فريق من الدائنين؟:

١٨٣ – لاشك، بداهة، أن هذه الدعوى مقصورة على الدائنين الذين تتوافر لهم الشروط القانونية التى أوردها القانون المدنى فى المادة ١٣٧ ومابعدها، وبالتالى فهؤلاء دون غيرهم يجوز لهم اقامة هذه الدعوى. ويرجع ذكر هذا التحديد لسبب تاريخى حيث كان القانون المدنى القديم ينص فى المادة ١٤٣/ ٢٠٤ على أن **«للدائنين فى جميع الاحوال»**. وهذه الشبهة لم تعد قائمة فى ظل النصوص الحالية. ولكن يبقى التساؤل، فى ظل هذه النصوص الاخيرة، حول ما اذا كانت مكنة رفع الدعوى مقصورة على الدائنين العاديين دون الدائنين ذوى التأمينات الخاصة (كالدائن المزود برهن أو امتياز أو كفالة). وذلك على اعتبار ان هذه الفئة لا تحتاج إلى دعوى عدم النفاذ للحفاظ على حقوقها، فهذه الحقوق مؤمنه فى استيفائها بالافضلية (والتتبع) التى تخولها التأمينات الخاصة؟.

– ولا شك أن غاية الدعوى، والفهم الصحيح لعلاقة الضمان العام بالتأمينات الخاصة، لا يسمح باجراء أية تفرقة بين الدائن العادى والدائن غير العادى. فالدائن المرتهن، أو الدائن الممتاز، أو الدائن صاحب حق

الاختصاص، هو دائن عادى قبل ان يكون دائنا غير عادى، وحصوله، بحكم الاتفاق، أو بحكم القانون، أو بحكم قضائى، على تأمين خاص لاستيفاء حقه، لا يجوز أن يؤدى إلى حرمانه من مزايا مركزه كدائن عادى يعتمد ايضا على الضمان العام، اذا لم يكن الضمان الخاص كافيا للوفاء بحقه. **ومن ناحية أخرى** فان الدائنين العاديين لا يضارون من عدم استعمال الدائن المرتهن مثلا لحقه فى التنفيذ، ثم الافضلية، على المال المخصص للوفاء بحقه، ذلك انه اذا حصل على دينه من الضمان العام، فان المال المرهون يتحرر من التأمين الخاص ويعود عنصرا يثرى الضمان العام.

المقصد الثانى
الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه

يتضح من نصوص المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدنى أن هناك عدة شروط يجب أن تتوافر فى التصرف الذى اجراه المدين حتى يمكن الحكم بعدم نفاذه فى حق الدائن. وتتمثل هذه الشروط فى أربعة: ١- ان يكون عمل المدين تصرفا قانونيا. ٢- ان يكون تصرفا مفقرا. ٣- ان يكون تصرفا ضارا بالدائن مع بيان مفهوم الاعسار. ٤- ان يكون مشوبا بالغش (التواطؤ) بين المدين ومن تصرف معه فى حالة التصرف معاوضة. (لا يشترط هذا الغش فى حالة التصرفات التبرعية). ونعرض فيما يلى لهذه الشروط الأربعة وما يثيره كل منها من مشكلات قانونية.

البند الأول
أن يكون ما قام به المدين تصرفا قانونيا

١٨٤- تقوم فكرة دعوى عدم النفاذ على رد غش المدين بصفة اساسية، سواء عندما يثبت هذا الغش صراحة فى التصرفات بعوض، أو دون

حاجة لهذا الاثبات فى التصرفات التبرعية.

فهذه الدعوى تنصرف بصفة رئيسية إلى الاعمال الإرادية التى يجريها المدين بقصد إحداث أثر قانونى مقصود وفقا لمفهوم فكرة «التصرف القانونى»[١] من الناحية الفنية. فاذا توافر هذا الوصف جاز الطعن فى التصرف، يستوى فى ذلك ان يكون عقدا، كالبيع والهبة، أو أن يكون تصرفا بارادة منفردة، كالاقرار والابراء[٢] والوصية والاجازة. ولذلك كان يطلق على هذه الدعوى، فى ظل القانون المدنى المصرى القديم، «دعوى بطلان تصرفات المدين».

وتنبنى على هذا الشرط نتيجتان:

النتيجة الأولى: للدائن أن يطعن فى تصرف مدينه بصوريته على سند أنه لا يخفى حقيقة تصرف آخر جدى، فاذا فشل فى اثبات الصورية كان له ان يطعن بعدم نفاذ التصرف على فرض انه حقيقى وجدى. وليس هناك ما يمنع من ان يتمسك الدائن فى الدعوى بالطلبين معا. غاية الامر ان الترتيب المنطقى يقتضى **البدء بدعوى الصورية، فان فشلت كان التمسك بعدم نفاذ التصرف،** وبالتالى يكون طلب **الصورية اصليا، واحتياطيا طلب عدم نفاذ التصرف** على فرض جدية العقد وعدم صوريته.

وقد قضت **محكمة النقض** فى هذا المعنى السابق انه «وان كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الاقرار بجدية التصرف، والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف- مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية- الا انه ليس ثمة

---

(١) راجع: شكرى سرور، أحكام الالتزام، رقم ١١٧.

(٢) راجع : جلال ابراهيم، انقضاء الالتزام - دار النهضة ١٩٩٥، ص ١٩٦.

ما يمنع من إبداء الطعنين معا اذا كان الدائن يهـدف بهما إلى عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه- لما كـان ذلك وكان الثابت من مذكـرة المطعون ضدها الاولي أمام محكمة الدرجة الأولى انهـا تمسكت بالدعويين معا اذ طلبت الحكم بعدم نفاذ عقـد البيع الصادر إلى الطاعنه من مـورث باقى المطعون ضدهم تأسـيسا على انها دائـنه له وان العقد صـورى محض وقـصد به تهريب امـواله، وعلى فرض انه جدى فـانه انما عقد للاضرار بحـقوقها كدائنه وتنطـبق عليه شروط المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدنى، ولما اسـتأنفت تمسكت بدفاعـه المتقدم ذكره. وبالتالى فان طلب الصورية كان مـعروضا على محكمة الدرجة الاولي وإغفالها الفصل فيه لا يجعله طلبا جديداً أمام محكمة الاستئناف»[١].

وبالتالى **يجوز للدائن فى الدعوى الواحـدة أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيـرة، فيحاول اثبات الصورية أولا، فان لم ينجح انتقل إلى الدعوى الاخرى»**[٢].

أما **النتيجة الثانية**: لشرط «التصـرف القانونى»، فهى انه **لا مجال لرفع هذه الدعوى عن مجرد الاعـمال المادية التى تصدر عن المدين،** فالعمل المادى ليس تصرفا قانونيا يجـوز طلب الحكم بعدم نفاذه. فلو ان المدين ارتكب فعلا يستـوجب مسئوليـته غير العـقدية، فألحق ضـررا بالغير، واستـوجب، بالتالى التزام هذا المدين بالتـعويض، فان هذا العمل لا يجوز ان يكـون محلا للطعن بعـدم النفـاذ، ويكون أثر هذا العـمل الضـار نافـذا بالضـرورة فى حق المدين ودائنه.

كذلك لا يعد تصرفا يستـوجب الطعن المشار اليه كل امتناع من جانب المدين قد يؤدى إلى ضياع حقوقه أو بعضها. كأن يترك المدين أحد أعيانه تحت

---

(١) نقض ٢٦/ ٦/ ١٩٦٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠- ١٠٨٤.

(٢) نقض ٢٥/ ١/ ١٩٧١، مجموعة أحكام النقض، س ٢٢- ٢٢٨.

يد الغير الذى يُخشى ان يتملكها بالتقادم المكسب. ففى هذه الحالة **ليس أمام الدائن سوى سلوك سبيل الدعوى غير المباشرة لقطع التقادم باسم مدينه**، ثم إسترداد العين من تحت يد حائزها. **وأخيرا لا يقبل الطعن بدعوى عدم النفاذ فى أى عمل يؤدى إلى اثراء المدين على حساب غيره.** ففى هذا الفرض لا يوجد تصرف قانونى بل عمل مادى، بالاضافة إلى أن هذا العمل يتضمن إثراءً للمدين، وليس إفتقارا يستوجب الطعن فيه[١].

البند الثانى
أن يكون تصرف المدين مفقــراً

١٨٥ - تهدف دعوى عدم النفاذ، كما سبقت الاشارة، إلى المحافظة على الضمان العام للمدين، تمهيدا لاستيفاء حقوق الدائنين، سواء رضاءً أو قضاءً بطريق التنفيذ الجبرى. ولذلك كان لابد، لكى يعطى الدائن سلطة الطعن فى تصرف المدين، أن يكون هذا التصرف مفقرا[٢]، فهذه النتيجة هى التى تهدر مصالح الدائنين، خصوصا من كان منهم دائنا عاديا لم يحصل على ضمان أو تأمين خاص لاستيفاء حقه. ويقصد بشرط الافتقار فى **القانون**

---

(١) كان من حق الدائن فى ظل قانون المرافعات السابق ان يطعن فى الاحكام الصادرة ضد مدينه عملا بالمادة ٤٥٠ من هذا القانون عن طريق ما كان يسمى **اعتراض الخارج عن الخصومة** اذا كان الحكم قد صدر نتيجة تواطؤ بين المدين ومن صدر له الحكم، غير ان نظام الاعتراض المشار اليه لم يعد له وجود فى قانون المرافعات الحالى، ولكن فى ظل هذا القانون الاخير يجوز للدائن ان يطعن فى الاحكام الصادرة ضد مدينه بطرق الطعن المختلفة نيابة عن مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة، سواء كان الطعن بأحد طرق الطعن العادية كالاستئناف أو غير العادية كالطعن بالنقض أو التماس اعادة النظر.

(٢) راجع: فتحى عبد الرحيم، دروس فى أحكام الالتزام، الجزء الثانى، مكتبة الجلاء، المنصورة ١٩٧٧، رقم ٨٥، شكرى سرور، السابق، رقم ١٣١، سعيد جبر، السابق، ص ١٤٦.

الفرنسى - وكذلك فى القانون المصرى القديم- أن يكون من شأن التصرف إخراج مال من ذمة المدين، بما يؤدى إلى الانتقاص من عناصر الضمان العام. ولا يدخل فى معنى الافتقار المشار اليه، فى القانونين سالفى الذكر، رفض المدين ان يثرى ذمته المالية. لان رفض الاثراء لا ينقص الضمان العام، بل يمنع زيادته فقط. ودعوى عدم النفاذ تتوخى فقط المحافظة على هذا الضمان العام بحالته دون انتقاص فحسب. ومن ذلك فان رفض المدين قبول هبة لا يعد عملا مفقرا، بل هو عمل يحول دون إثراء المدين، ولا يجوز بالتالى الطعن عليه بالدعوى المشار اليها[1].

غير ان هناك تطورا لحق بالقانون الفرنسى وغَيَّرَ من طبيعة بعض التصرفات وحولها من تصرفات مانعة للاثراء إلى تصرفات مفقرة، ومنها قبول «المدين نصيبه فى تركة آلت اليه من مورثه». فقد كان دخول هذا النصيب إلى ذمة الوارث يحتاج إلى قبول منه، ولكن القانون الفرنسى الحالى يجعل **إنتقال الارث تلقائيا بحكم القانون، وبالتالى فان رد المدين لهذا الانتقال، هو تصرف يحرمه من مال آل اليه من الناحية القانونية**، مما اصبح معه رفض هذا النصيب الموروث تصرفا قانونيا مفقرا بالمعنى الصحيح[2]، ويجوز الطعن عليه بدعوى عدم نفاذ التصرفات[3].

- ويترتب على هذا المنطق، فى القانون الفرنسى، **أنه فيما خلا حالة الميراث**، وفق تصورها الحالي فى هذا القانون، **فان أى تصرف يمنع إثراء المدين لا يكون قابلا للطعن بدعوى عدم النفاذ**. ومن ذلك عدم جواز الطعن

(١) راجع: محمد لبيب شنب، السابق، رقم ٩٢.

(٢) مارتى ورينو، رقم ١٧٢.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٧ نوفمبر سنة ١٩٨٤ بلتان المدنى -١- رقم ٢٩٨.

بالدعوى المذكورة فى رفض المدين التمسك بالتقادم المكسب، لان التقادم لا ينتج أثره بقوة القانون، بل لابد من تمسك صاحب الشأن به[1]. **ومع ذلك** فان نص المادة ٢٢٢٥ من القانون المدنى الفرنسى، فى شأن التقادم، تجيز للدائنين، ولكل صاحب مصلحة فى التمسك بالتقادم، ان يتمسكو بذلك، رغم تنازل المدين أو المالك، وهو نص خاص يتجاوز حرفية دعوى عدم النفاذ.

وفى القانون المدنى المصرى الحالى، نصت المادة ٢٣٧ على أن **دعوى عدم النفاذ تجوز.. «اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته...» وبالتالى فالتعبير أوسع مدى، منه فى القانون المدنى القديم**، على نحو لا تقتصر فيه الدعوى على ما ينتقص من الضمان العام بالمعنى الضيق بل يشمل ما يزيد العبء على هذا الضمان ويؤدى بالتالى إلى الاضرار بالدائنين. (راجع لاحقا رقم ١٨٥)

- ومن الامثلة على الانتقاص من حقوق المدين، هبة المدين لبعض امواله للغير، أو إبراء أحد مدينيه من التزامه. **كما يدخل فى معنى الانقاص رفض المدين لوصية أوصى له بها غيره،** لان الموصى له يملك الشئ الموصى به بموجب الوصية، فاذا رفضها بعد ذلك كان رفضه بمثابة نزول عن شئ مملوك له. ويجوز للدائن بعد الطعن فى رفض المدين الوصية، ان يقبلها باسمه، فان القبول ليس مجرد رخصة بل هو حق يجوز للدائن استعماله باسم المدين»[2]. كما يدخل فى معنى الافتقار قيام المدين باجراء تصرفات ناقلة للملكية ولو كان ذلك بمقابل، كالبيع مثلا فى مقابل ثمن مقبوض، وفضلا عن ان الثمن قد يكون بخسا أو تافها دون رقابة من جانب الدائنين، فان الثمن

---

(١) مارتى ورينو، السابق.

(٢) السنهورى، رقم ٥٧٧.

باعتباره مبلغا يدفع نقدا فان من السهل على المدين إخفاءه أو تبديده دون ان يتمكن الدائن من الوصول اليه او الحجز عليه[1].

- **أما ما يؤدى إلى زيادة التزامات المدين فمثاله الواضح الاقتراض من الغير، وهو ما يجوز الطعن فيه بصريح نص المادة ٢٣٧ مدنى.** والحقيقة ان التصرف الذى يزيد من التزامات المدين شأنه شأن التصرف الذى ينقص من حقوقه. ففى الحالتين هناك ضرر محقق بالضمان العام وبالتالى هناك اهدار لمصلحة مالية للدائنين. ويأخذ حكم القرض كل حالة يلتزم فيها المدين بالتزام إضافى يؤدى إلى اعساره أو زيادة اعساره، مثل الالتزام بتقديم حصة فى شركة، أو ابرام عقد تأمين والالتزام بسداد اقساطه.

- **ويثور التساؤل فى القانون المصرى ايضا عن حالة تصرفات المدين التى يرفض فيها الاثراء،** سواء كان ذلك فى صورة فرصة لانقاص التزاماته أو لزيادة حقوقه. هناك فرض لا مجال للشبهة فى خروجه عن نطاق دعوى عدم النفاذ هو رفض المدين قبول هبة صدرت له من الغير.

ذلك أن **قبول الهبة، أو رفضها، هو من قبيل الخيارات الشخصية التى تتوقف على تقدير ادبى من جانب الموهوب له، ولا يجوز ان يحل محله فى هذا الامر أى دائن لا أصالة عن نفسه ولا نيابة عن المدين.** وفى هذا المقام يذهب بعض الفقه إلى تطبيق القاعدة الواردة ٢٣٥/ ٢ مدنى فى شأن الدعوى غير المباشرة، والتى لا تجيز للدائن ان يستعمل حقوق مدينه المتصلة بشخص هذا المدين والتى لا يجوز الحجز عليها، على دعوى عدم نفاذ

---

(١) راجع: مارتى ورين، السابق، ونقض مدنى فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٩٧١ دالوز ١٩٧٢-٥٣ والتعليق، ونقض تجارى فرنسى ١٩ ابريل سنة ١٩٧٢- بلتان المدنى-٤- رقم ١١٢. ونقض مدنى مصرى ٢٩/ ٤/ ١٩٧٤ مجموعة الاحكام س ٢٥-٧٧٣/ ٣/ ١٩٧٦٣ مجموعة احكام النقض س ٢٧- ٥٤١، و ٣٠ مايو سنة ١٩٨١ مجموعة احكام النقض س٣٢- ١٩٤٩، وراجع السنهورى، السابق، رقم ٥٧٧.

تصرفات المدين[١]، مع اضافة تحديد هـام هو ان المدين حينما يتنازل عن طلب تعويض عن ضرر ادبي مـثلا، أو عن دين نفقه، أو عندما يترك دعـوى قضائية ليس لغيره ان يبـاشرها، فان الدائنين لا يستطيـعون الطعن على هذا التنازل أو الترك عن طريق دعوى عدم نفاذ التصـرفات، لانه حتى لو قضى للدائن بطلبه فى عدم النفـاذ فانه لن يكون في مـقدوره المطالبـة بما قضى به نيابـة عن مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة.

- وعلى العكس من ذلك فـإن دائنى المسـئول عن الحقـوق المدنيـة أو المدين بالنفـقة لهم حق رفع دعـوى مدينهم ضـد التصرف القـائم على الغش والذى قد يتمثل فى الالتزام بدين مبالغ فيه لمصلحة الدائن بالنفقة، أو المضرور بضرر أدبى. والالتزام الذى يتحمله المدين، فى هذه الحالة، ليـس التزاما متصلا بشخصه[٢]. ويعقب جانب آخر من الفقه[٣] بأن من الصحيح غالبا الا يجدى الدائن رفع دعوى عدم النفـاذ فى مواجهة التصرفـات المتصلة بشخص المدين، فماذا يفيد الدائن مثلا اذا حصل على حكم بعدم نفاذ ترك دعوى اقامها المدين ما دام أن هذا الدائن ليس بمـقدوره بعد ذلك ان يمارسـها بطريق الدعوى غـير المباشرة، لاتصال الحق محل الدعوى بشخص المدين.

ولكن، **يُلاحظ هذا الرأى الـثـانى**- أنه قـد توجد حـالات يمكن فـيهـا لدعوى عدم نفـاذ التصرف ان تحقق فـائدة مباشرة لمصلحـة الدائن دون حاجة إلى إجراء آخر، خاصة وان الاعـتبارات الاخلاقية تفقد اهمـيتها عندما تكون ممارسة الحقوق المتصلة بشخص المدين قد إستهدفت، وبطريق الغش، الاضرار بالدائنين.

---

(١) راجع: مازو ودى جوجلار، رقم ٩٨٣.
(٢) راجع: مازو ودى جوجلار، السابق، رقم ٩٨٣.
(٣) مارتى ورينو، السابق، رقم ١٧٤.

ومن الامثلة على هذا التوجه ما قضى به فى فرنسا من اجازة الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف فى قيام المدين بتغيير النظام المالى الذى يربطه بزوجته، أو الطعن فى التصريح الذى منحه زَوْجٌ مدين لزوجته والذى يجرد الاموال المشتركة من عائد هبة كانت مقررة لمصلحة الزوجة. ففي هذين المثالين كان الحق يتعلق بشخص المدين، ومع ذلك أُجيزَ الطعن فيه بدعوى عدم النفاذ لقيامه على الغش إضراراً بالدائنين[1].

– وخلاصة ما سبق انه حيث تكون الحقوق التى تصرف فيها المدين تتصل بشخصه خاصة على نحو لا يجوز لدائنيه ان يمارسوها بطريق الدعوى غير المباشرة فان باب دعوى عدم النفاذ يضحى مغلقا بدوره لانتفاء المصلحة فى نهاية المطاف.

– **ويطبق بعض الفقه المصرى هذا القول على حالة نزول المدين عن فرصة الاغتناء، خاصة حالة رفض قبول الهبة.** ذلك انه «لو فرضنا جواز الطعن فى هذا النزول، فان الحكم بعدم نفاذه فى حق الدائن لن يفيد الدائن شيئاً، لانه لن يترتب عليه تحقق الاغتناء للمدين، ولا زيادة فى الضمان العام، وإنما كل ما يترتب عليه ان يعتبر ذلك النزول بالنسبة للدائن كأن لم يكن، فلا يستطيع هذا الدائن ان يتخذ اجراءات التنفيذ على المال... طالما ان هذا المال لم يكسبه فعلا، بل ان الدائن لا يستطيع حتى أن يستعمل حق مدينه فى كسب المال عن طريق الدعوى غير المباشرة، لان هذا الحق هو من قبيل الرخص والمكنات التى لا يجوز لدائنى الشخص ان يستعملوها بالنيابة عنه»[2].

---

(١) مارتى ورينو، السابق.

(٢) سليمان مرقص، السابق، رقم ١٦٣.

- وأخيرا **لا ينطبق وصف التصرف المفقر، على عدم التمسك بالتقادم مُكسباً كان أو مُسقطاً**. اذ ان عدم التمسك المشار اليه، كما سبقت الاشارة، قد يمنع المدين فقط من زيادة حقوقه أو من الانتقاص من التزاماته. **ومع ذلك فقد نصت المادة ٣٨٨/ ٢ مدنى فى شأن التقادم المسقط للالتزام على انه يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه ان ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعدم ثبوت الحق فيه، على ان هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم. وقد أحالت إلى ذات هذا الحكم فى شأن التقادم المكسب المادة ٩٧٣** من القانون المدنى. ويترتب على هذين النصيين انه يجوز للدائنين ان يطعنوا فى النزول عن التقادم بدعوى عدم النفاذ، استثناء من شرط ان يكون التصرف مفقرا، ورغم ان التمسك بالتقادم هى من قبيل الرخص وليس من قبيل الحقوق[1].

البند الثالث

أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن

١٨٦- يشترط أن **يؤدى تصرف المدين إلى الحاق ضرر بالدائن** وهو ما يتمثل فى الاخلال بعنصر أو باكثر من عناصر الضمان العام، على نحو محدد وهو اعسار المدين أو زيادة اعساره. ويلاحظ ان شرط الاضرار بالدائن يختلف عن شرط الافتقار من عدة وجوه. فقد يتصرف المدين فى بعض امواله مما يعنى خروج هذه الاموال من ذمته، وبالتالى الانتقاص من حقوقه، ومع ذلك لا يؤدى هذا التصرف إلى اعسار المدين أو زيادة اعساره.

ويتضح مضمون هذا الشرط من خلال بحث عدة تطبيقات يختلف فيها وجه تحقيق الضرر أو انتفائه.

(١) السنهورى، السابق، رقم ٥٧٩، سليمان مرقص، السابق.

التطبيق الأول: تصرف المدين فى حق لا ينفع الدائنين:

١٨٧- ذلك ان بعض تصرفات المدين قد ترد على حق **غير مفيد بالنسبة للدائنين. ومن ذلك التصرف فى حق من الحقوق التى لا يجوز الحجز عليها**، مثل ملكية الخمسة أفدنة فى الارض الزراعية[1]. وقد سبق أن عرضنا تطبيقات للأحوال التى لا يجوز الحجز فيها، وكل مال من هذا القبيل يجوز للمدين أن يخرجه من ذمته دون أن يكون ضارا بالدائنين، لأنه على فرض بقاء هذا المال فى ذمته فإنه يخرج من نطاق ضمانه العام بسبب عدم قابليته للحجز عليه. ولكن يلاحظ فى هذا المقام أن بعض الاموال التى لا يجوز الحجز عليها تدر غلة يجوز الحجز عليها، وبالتالى يخضع التصرف فى هذه الغلة للطعن بدعوى عدم النفاذ. ومثال ذلك حال ما تغله الملكية الصغيرة (الخمسة أفدنة).

- كذلك **لا يكون مفيداً للدائن الطعن بعدم النفاذ إذا اصطدم الدائن فى نهاية المطاف بعقبة الحقوق المتصلة بشخص المدين التى لا يجوز له استعمالها**. كما فى حالة النزول عن رخصة قبول الهبة، وقد سبق أن أوضحنا ذلك.

- **وأخيرا لا يكون مفيدا للدائن الطعن فى تصرف المدين فى عقار**

---

(١) السنهورى، السابق، محمد لبيب شنب، السابق، رقم ٩٢.
نلاحظ من جانبنا أن مثال الخمسة أفدنا يستوقفنا لطرح تساؤل مؤداه أن القانون حين يحمى هذا القدر من الملكية فانه يستهدف عدم المساس والحرص على إبقائها فى ذمة صاحبها باعتبارها حدا أدنى لا يجوز نزعه عن المالك.. ومن هنا أليس مناقضا لهذا الهدف تجويز التصرف فيها للمدين مع حرمان الدائنين- فى حالة هذا التصرف- من الطعن على هذا التصرف. وبتعبير آخر الا يصح القول بأن تصرف المدين فى ملكية، يحمى القانون بقاءها فى ذمته، يحرمه من هذه الحماية فى حالة التخلى بارادته عن هذه الملكية.. بل نذهب إلى أبعد من ذلك بالتساؤل، أليس فى إجازة الطعن فى تصرف المدين دافعا لهذا المدين إلى تحقيق هدف المشرع بالامتناع عن التصرف؟؟ فاذا تخلى عن هذه الحماية كان الدائنون أولى فى الحصول على حقوقهم؟؟ ونحن نطرح هذه التساؤلات للمناقشة، خاصة وان للدائن أن يحجز على الثمن فى حالة البيع تحت يد المشترى؟؟.

مملوك له مُثقَل برهن أو رهون تستغرق قيمته. فمثل هذا التصرف لا يلحق ضررا بالدائنين.

ويؤول أمر ما سلف ذكره، فى نهاية المطاف، إلى **شرط المصلحة** التى تقتضيه المادة ٣ من قانون المرافعات لقبول أى طلب أو دفع أو دعوى.

التطبيق الثانى: مشكلة الوفاء لأحد الدائنين أو تفضيل دائن على آخر:

١٨٨ - لا يعتبر الوفاء لاحد الدائنين تصرفا مفقرا، ذلك أن نتيجته المالية لا تغير من حالة المدين، ولا تؤدى إلى تدهور ضمانه العام. فالوفاء يقضى من على كاهله مديونية معينة. بل قد يقال أن الوفاء بأحد الديون يؤدى إلى تحسن المركز المالى للمدين. وقد ذهب قضاء فى فرنسا إلى عدم جواز الطعن فى هذا الوفاء، من حيث المبدأ، بدعوى عدم النفاذ[1]. وكذلك كان الحال فى ظل القانون المدنى المصرى القديم.

غير أن **هذا الحل منتقد،** لأن المدين الذى يقوم بالوفاء لاحد دائنيه إنما يلحق ضررا حقيقيا بباقى الدائنين، خاصة وأن الفرض انه مدين معسر، وأن امواله سوف تقسم، فى نهاية المطاف، قسمة الغرماء بين هؤلاء الدائنين، وهو فى وفائه المشار اليه **يتخير أحد الدائنين ويفضله على غيره، ويفى له بدينه كاملا.** لذلك ذهبت **بعض الاحكام الفرنسية** إلى أنه ولئن كان يجوز للمدين أن يفى، وفاءً صحيحاً لأحد دائنيه، إلا أن هذا الوفاء **يقبل الطعن عليه بدعوى عدم النفاذ، إذا ثبت الغش والتواطؤ بين الموفى والموفى له،** إضرارا بباقى الدائنين[2].

---

(١) راجع: مقال لـ Colombet، فى المجلة الفصلية للقانون المدنى حول هذا الموضوع، ص٢٥، ونقض عرائض فرنسى ٢٢ أغسطس فى دالوز ١٨٨٣-١-٢٩٦، ومارتى ورينو، السابق، رقم ١٧٤.

(٢) نقض مدى فرنسى ١٧ يوليو سنة ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥-٢-٥١٢٣ مارتى ورينو، السابق، رقم ١٧٤.

- **وقد واجهت المادة ٢٤٢ من القانون المدنى هذه المشكلة السابقة بنص صريح**، حيث جرت على أنه «١ - اذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة». ٢- واذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه، قبل انقضاء الاجل الذى عين اصلا للوفاء، فلا يسرى هذه الوفاء فى حق باقى الدائنين، وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الاجل، اذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى حقه»[1].

ويتضح من النص السابق ان المشرع قد واجه **فروضا ثلاثة**:

الفرض الأول: قيام المدين المعسر **بمنح أحد الدائنين ميزة لم يكن يتمتع بها، من هذا القبيل أن يقدم الدائن للمدين تأمينا خاصا** بحيث يمكنه من الخروج من نطاق المساواة أمام الضمان العام، ويخول له بالتالى أفضلية لم يكن يتمتع بها.

ورغم أن هذه الميزة لا تمثل إفتقارا بالمعنى الصحيح، **فان الفقرة الأولى أخضعت هذا التصرف لحكم دعوى عدم النفاذ، على نحو يحرم معه هذا الدائن من الميزة** التى حصل عليها. ويختلف تطبيق هذا الحكم، من حيث شروط إعماله، باختلاف ما إذا كان المدين **قد أعطى الميزة معاوضة**، أى بمقابل، أو أنه منحها للدائن تبرعا. ففى **الحالة الاولى** يشترط لحرمان الدائن من هذه الميزة **أن يتوافر الغش من جانب المدين ومن تعامل معه**، على النحو المشروط فى دعوى عدم النفاذ التى ترد على المعاوضات[2]، والذى سنعرض له لاحقا.

---

(١) أى أن يثبت انهما قصدا معا تفضيل هذا الدائن على غيره حق، اعمالا لحكم المادة ٢٣٨ من القانون المدنى فى هذا الخصوص، راجع: محمد لبيب شنب، السابق، رقم ٩٥.

(٢) راجع: فتحى عبد الرحيم، السابق، رقم ٨٦، مصطفى عدوى، السابق، ص ١٥٦.

أما فى الحالة الثانية، وهى حالة إعطاء الميزة تبرعا، **فإن حرمان الدائن منها يتحقق دون اشتراط الغش.**

الفرض الثانى: حالة قيام المدين المعسر **بالوفاء لأحد الدائنين قبل حلول أجل الدين**: فى هذه الحالة **لا ينفذ هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين، وهذا الحكم غير مشروط بالغش**، إذ اعتبر النص أن الوفاء، قبل الأوان، فى حكم التبرع من جانب المدين، وذلك على اساس ان المدين يعتبر متبرعا بمقابل الاجل.

الفرض الثالث: حالة قيام المدين المعسر بالوفاء لأحد الدائنين بعد حلول أجل الوفاء، وقد طبق النص على هذا الفرض أحكام المعاوضات، حيث انه ليس تبرعا، بل وفاء فى أوانه، وبالتالى فان عدم نفاذ الوفاء، فى حق باقى الدائنين، مشروط **بتوافر الغش** (**أى قصد الاضرار بباقى الدائنين**) لدى المدين ولدى الدائن الذى استوفى حقه[١].

- ويلاحظ فى الحالات السابقة، التى تأخذ حكم المعاوضة، **أن الغش** (أو التواطؤ) **يعتبر متوافرا، فى حق المدين، بمجرد علمه، وقت الوفاء، أو وقت إعطاء الميزة للدائن، بأنه معسر، وعلم الدائن باعسار المدين**[٢]. وهى القاعدة العامة فى شروط الغش فى التصرفات بعوض.

التطبيق الثالث- التدخل فى القسمة:

١٨٩ - قد يكون المدين شريكا على الشيوع فى مال معين مع غيره.

---

(١) ويلاحظ أن الاحكام المتعلقة بالوفاء فى الفروض المختلفة المشار اليها تطبق أيضا فى حالة الوفاء بمقابل، يستوى فى ذلك أن يكون المقابل معادلا أو غير معادل لقيمة الدين: السنهورى، رقم ٢٠٧٨ فى الهامش.

(٢) راجع: سليمان مرقص، السابق، رقم ١٧٢.

وقـد يُجْـرى هذا المدين مع هؤلاء الشـركـاء **قـسمـة اتفـاقيـة، أو عن طـريق القضاء.** والقاعدة أن للقسمة أثرا كاشفا، وليس منشـأ لحق الشريك، وبالتالى فان إجـراء القسـمة، من الناحـية النظرية، يعطى لـكل صاحب حق حـقه، بما مؤداه أن وصف التـصرف المفقـر لا ينطبق عليها من حـيث المبدأ. ومع ذلـك فان المدين **قد يجرى الـقسمة مع شركـائه على نحو يضر بضمـانه العام،** كأن يقبل حـصة أقل مما يستـحقه قـانونا إضرارا بدائنيـه، وقد يحصل على مـعدل نقـدى يفلت من رقابة دائنيـه فلا ينـالون منه شيـئا. ولهـذه الاسـبـاب وردت المادة ٨٤٢ من الـقـانـون المدنى لتنـص على انه «١- لدائـنى كل شـــريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عـينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلـهم، وتوجه المعارضـة إلى كل الشركاء، ويتـرتب عليها الزامـهم أن يُدْخِـلُوا من عـارض من الدائنين المقـيدة حـقوقـهم قبل رفع دعـوى القسـمة». «٢- أمـا إذا تمـت القسمـة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها، أن يطعنوا عليـها إلا فى حالة الغش».

وعلى هذا النحو السابق فان نص **المادة ٨٤٢ مدنى تضع فى يد الدائنين إجرائين أحـدهما سابق على حكم القـسمة وهو المعـارضة فيـها،** وفـــى هذه الحالة **يجب إدخالـهم فى جميع اجـراءات القسـمة،** وتكون مهـمتهم مراقـبة سيـرها منعا للغش أو التحـايل أو الاهمال من جانـب المدين. وفى هذه الحالة ليس لهم أن يطعنوا بدعوى عـدم النفاذ[1]. **واذا لم يتم ادخالهم فـان القســمة تكون غير نافذة فى حقهم**[2].

---

(١) وذلك على أساس أن الدائنين الذين ادخلوا فى الدعوى اتيحت لهم فرصة مراقبتها والدفاع عن مصالحهم فيها..

(٢) وعدم النفاذ فى حالة عدم ادخال المعترضين يتقرر بحكم القانون، ولا يشترط لتقريره اثبات الغش، إذ أنه مفترض بسبب عدم إدخال الدائنين رغم معارضتهم.

أما الاجراء الثانى فهو اللاحق على تمام القسمة، دون اعتراض أو ادخال، وفى هذا الفرض يكون للدائنين رفع **دعوى بعدم نفاذها فى حقهم**. ويشترط للحكم لهم بعدم النفاذ **أن يثبت الغش من المدين والمتقاسم معه بالاضافة إلى شرط الضرر**.

شرط الضرر وإعسار المدين أو زيادة إعساره:

١٩٠- عرضت المادة ٢٣٧ من القانون المدنى لبعض شروط رفع دعوى عدم النفاذ، من حيث اشتراط أن يكون حق الدائن مستحق الاداء، وان يصدر من المدين تصرف ضار، ينقص من حقوقه أو يزيد من التزاماته. ثم انتهت المادة المذكورة إلى: «... **وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره**. وهذا المعنى الاخير (الاعسار)، يعنى انه لا يكفى أن يكون الحق الذي يطعن عليه الدائن مفيدا له، بل يتعين ان تكون من نتيجته إعسار المدين أو زيادة إعساره. **والمقصود بالاعسار**، فى مقام دعوى عدم نفاذ التصرفات، أن تكون أموال المدين غير كافية للوفاء بما عليه من ديون. ويتبلور فى هذه النتيجة معنى الضرر الذى يلحق بالدائن. والاصل انه يجب على الدائن أن يقيم الدليل على إعسار المدين أو أن التصرف يزيد من إعساره. غير أن المادة ٢٣٩ من القانون المدنى يَسَّرتْ على الدائن إقامة هذا الدليل بنصها على أنه «إذا إدعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن **يثبت مقدار ما فى ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها**». وبذلك يكون النص المذكور قد اقام **قرينة قانونية على الاعسار لمصلحة الدائن بمجرد أن يثبت مقدار ما فى ذمة المدين من ديون**.

وفى هذه الحالة ينفتح باب نفى هذه القرينة للمدين. كما يجوز نفى هذه القرينة للطرف المتصرف اليه، أى الذى تعامل مع المدين، باعتباره صاحب مصلحة فى رفض دعوى الدائن، باثبات إنتفاء الاعسار(١).

وينبنى على المعانى السابقة أن للمدين كامل الحرية، وفقا للاصل العام فى التصرف فى أى قدر من أمواله ما دام ما بقى فى ذمته كاف للوفاء بما عليه من ديون.

يستوى فى ذلك أن يتصرف بمقابل أو أن يتبرع بأمواله للغير.

- ويذكر، تعبيرا عن المعانى السابقة، أن **دعوى عدم النفاذ هى دعوى تكميلية**(٢) **لا تعطى للدائن إلا إذا ثبت أن المدين لا يملك مالا ظاهراً يمكن التنفيذ عليه غير المال الذى تصرف فيه.** ويجوز للمتصرف اليه بالتالى، فى أى مرحلة من مراحل الدعوى ،أن يرشد الدائن إلى أموال للمدين للتنفيذ عليها بدلا من المال المطعون على التصرف فيه. واذا إدعى المدين نفسه هذا الامر كان عليه أن يثبته. وتدور هذه المعانى فى فلك عبء إثبات الإعسار كما نظمه القانون المدنى فى المادة ٢٣٩ وفق القرينة التى وردت فى هذه المادة.

ومن ناحية أخرى، يجب أن يظل إعسار المدين قائما إلى وقت رفع دعوى عدم النفاذ. فاذا كان التصرف قد أدى إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره، ولكن طرأ عليه من الاموال ما يزيل عنه هذا الإعسار، فإن الدعوى تضحى غير مقبولة.

ومن قبيل ذلك أن **يتلقى المدين ميراثا أو وصية أو أن يبرم صفقة**

---

(١) كما يلاحظ أن هذا الفريق (المتصرف اليهم) ليس لهم الطعن فى التصرفات السابقة للمدين، وذلك نزولا على الشرط السابق عرضه والذى يقتضى أن يكون حق الدائن (الطاعن) سابقا- وليس لاحقا- للتصرف المطعون عليه: راجع ما سبق.

(٢) السنهورى، رقم ٥٨٩.

رابحة، فيتحول أمره من إعسار إلى يسار يحول بين دائنيه والطعن فى تصرفاته[(١)].

- وقد أوردت المادة ٢٤١ من القانون المدنى تطبيقا واضحا للمعنى السابق. فقد نصت على أنه إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بايداعه خزانه المحكمة. ويمثل هذا النص تطبيقا صريحا لشرط الاعسار وما يرتبط به من مصلحة للدائن فى الطعن فى تصرف مدينه. **فإذا ما أودع المتصرف إليه ثمن المثل، عن الشئ المتصرف فيه، فان مصلحة الدائن تنتفى فى الطعن على التصرف.**

ويؤدى هذا الايداع إلى هذه النتيجة **سواء كان التصرف قد تم معاوضة أو تم على سبيل التبرع**. كما يلاحظ أن المقصود من النص هو **ايداع ثمن المثل وليس مجرد الثمن المتفق عليه فى عقود المعاوضات** بين اطرافها. وعند المنازعة تقدر المحكمة مدى إستيفاء هذا الشرط من جانب المتصرف اليه[(٢)].

مشكلة الإعسار وتركز حق الدائن فى العين المحددة المملوكة للمدين والتى تصرف فيها:

١٩١- تثار هذه المشكلة حال تصرف المدين فى عقار مملوك له إلى شخصين على سبيل التعاقب، ثم يسارع بتسجيل عقد البيع إلى المشترى الثانى، ويفوت على المشترى الأول فرصة إكتساب الملكية. فى هذا الفرض

---

(١) السنهورى، السابق، جميل الشرقاوى، أحكام الالتزام، ١٩٩٢، ص ١٠٩.

(٢) راجع محمد لبيب شنب، السابق، ص ٣٩٣ و ٣٩٤، ويلاحظ أيضا أن المدين لو ظل موسرا بعد ابرام التصرف، ثم طرأت ظروف أخرى أدت إلى إعساره فلا يجوز للدائن رفع الدعوى، جلال ابراهيم، أحكام الالتزام، ص ٢١١.

يتركز حق الدائن - المشترى الاول- فى العقار المبيع. فهل يجوز لهذا الاخير- باعتباره دائنا بما دفعه من ثمن وبما له من تعويضات- أن يقيم دعوى بعدم نفاذ التصرف التالى، تمهيدا لاعتباره قائما فى الضمان العام، وبقصد التنفيذ عليه استيفاءً لحقوق الدائن؟. تعود هذه المشكلة إلى أن المادة / ٩ من قانون الشهر العقارى تجعل الاسبقية للتسجيل بصفة كاملة، وتحصر أثر التصرفات غير المسجلة فى نطاق الالتزامات الشخصية فحسب.

يذهب رأى إلى أنه يجوز الطعن فى العقد المشهر الصادر للمشترى الثانى بدعوى عدم النفاذ، باعتبار أن هذا العقد يضر بالدائن، ويعتبر المدين فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى دعوى عدم النفاذ (حيث تركز حق الدائن فى العين المبيعة التى تم التصرف فيها للغير)، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين. وبالتالى يكون للدائن أن يطعن «بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرف فى العين المرهونة، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها»[1].

غير أن **هذا الرأى يصطدم بعقبتين** تحولا دون تقبله من الناحية القانونية.

العقبة الأولى: أن شرط الإعسار هو شرط اساسى لقبول الدعوى بعدم نفاذ تصرفات المدين، ولا يستساغ مع صراحة نص المادة ٢٣٧ من القانون المدنى (والتى تقتضى صراحة أن يؤدى التصرف إلى إعسار المدين أو إلى زيادة إعساره) أن تقبل دعوى عدم نفاذ التصرف إذا كانت أموال المدين- غير العين المتصرف فيها- تكفى للوفاء بما عليه من ديون. ودعوى عدم النفاذ هى

---

(١) راجع: السنهورى، السابق، رقم ٥٨٨، سليمان مرقص، رقم ١٦٦.

مجرد وسيلة لحماية الضمان العام[١] بالمعنى المقصود فى شرط الإعسار، وهى بالتالى ليست وسيلة للمفاضلة بين عقود متتالية تركزت على شئ واحد مملوك للمدين الذى تصرف فى هذا الشئ.

أما **العقبة الثانية**، فتتمثل فى أن المشرع إشترط **لنجاح الدائن فى دعواه أن تكون تصرفات المعاوضة** الصادرة من المدين **قد بنيت على الغش** من جانب المدين (أن يعلم بأنه معسر) وعلى علم من تصرف إليه بهذا الغش (أن يعلم أيضا بأن المدين معسر).

ويتعذر التمسك بمثل هذا الغش بالنسبة للعقود الواردة على الحقوق العينية العقارية، وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لها، ما دام قد تم شهرها بطريق التسجيل (مادة ٩ من قانون الشهر العقارى). ذلك أن **محكمة النقض المصرية** قد ذهبت إلى أن **الغش، بل التواطؤ، لا يفسد التسجيل**، فإذا سارع شخص إلى تسجيل عقده قبل شخص آخر (تلقي تصرفا عن ذات العقار) فان الملكية تستقر إلى المتصرف اليه الذى بادر إلى التسجيل حتى لو كان المتصرف والمتصرف اليه الثانى سيئ النية، متواطئين كل التواطؤ، على حرمان المتصرف اليه الأول من هذه الصفقة[٢]. وبالتالى فان الطريق الوحيد للمشترى الأول للحصول علي العقار هو نجاحه فى اثبات صورية عقد البيع الثانى. فاذا نجح أمكنه أن يسجل عقد شرائه فتخلص له الملكية بالتسجيل، سواء رضاءً، سواء بتسجيل حكم صحة ونفاذ الذى يصدر لصالحه.

وأخيرا تقرر **محكمة النقض المصرية**، اتفاقا مع بعض من التحليل

---

(١) راجع: وقارن عبد المنعم البدراوى، السابق، رقم ١٣٢.

(٢) نقض ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض، س ٣- ١١٣٨، و ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٤-١٧٦، و ٤ مارس ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض- س ٥ - ٥٧٢.

السـابق، أنه **ليس من شـأن الدعوى البوليـصيـة المفاضلة بين العـقود**، بل هى دعوى شخـصية لا يطالب فيـها الدائن بحق عينى، ولا يؤول بمقـتضاها الحق العـينى اليه، أو إلى مـدينه، بل انها تدخل ضـمن ما يكفل بـه القانون حـقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان»[1].

وأخيرا، فى شأن اثبات حالة الاعـسار، يكفى الدائن عملا بالمادة ٢٣٩ مدنى- أن يقيم الـدليل على ما فى ذمة المدين من ديون، وبه يُفتَـرَضُ إعساره، وللمـدين أن ينقض هذه القرينة باثبـات أنه غيـر معـسر، أى أن أمـواله تكفى للوفاء بما عليه من ديون.

البند الرابع
أن يكون تصرف المدين (معاوضة) مشوبا بالغش

١٩٢- تطلبـت المادة ٢٣٨ من القـانون المـدنى توافـر الغش كـشـرط للطعن بـدعـوى عـدم نفـاذ تصـرفـات المدين، اذا كـانت تصـرفـات المدين معاوضة، أى بمقابل[2]. وفصلت فقرات هذه المادة كيـفية إعـمال هذا الشرط ومعناه، خـاصة إذا تصـرف الخلف إلى خلف آخر. ونعـرض فيمـا يلى لحكم التبرعات، ثم لحكم المعاوضات، وأخيرا لحكم التصرف من الخلف إلى خلف هذا الخلف.

---

(١) نقض ١٣/ ٥/ ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س٣٣-٥٠٨، قارن العكس فى حكم قديم لمحكمة استئناف القاهرة قـضى بإعمال فكرة أن الغش يفـسد التصرفـات دائما «إذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس، وكان المشترى الثانى على علم بذلك واشترك فى التدليس، بطل البيع الثانى، وغير معقول القول بأن قانون التسجيل ابطل مفعول المادة ٢٧٠ مدنى (قديم) اذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصوصه أن يهدم مبدأ أساسيا في التشـريع وهو أن الحقـوق يجب أن يكون مـبناها حسن النيـة، وهذا ما لا يمكن التـسليم به، استئناف القاهرة ١٧ يونيـو سنة ١٩٣٤ المحاماه س ١٥- ص ٥٦٩، والاحكام الاخرى التى اشار اليها السنهورى فى الهامش، رقم ٥٨٨.

(٢) راجع: عبد الودود يحيى، السابق، رقم ٢٩٧.

أولا - حكم التبرعات:

١٩٣- نصت المادة ٢٣٨ من القانون المدنى على أنه «**أما إذا كان** التصرف تبرعا، فانه لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً». ومعنى ذلك أن نجاح الدائن فى دعواه بعدم نفاذ تصرف المدين غير مشروط الا **بشرط واحد (فى حالة التبرع) وهو أن يثبت أن هذا التبرع قد أدى إلى إعسار المدين أو إلى زيادة إعساره،** فاذا ثبت ذلك قضى بعدم النفاذ **بغض النظر عن حسن نية المدين ومن تلقى منه التبرع.** ويقوم هذا الحكم، وتلك المرونة، على سند أن دفع الضرر الذى يلحق بالدائن مقدم على جلب المنفعة التى تصيب المتبرع له من وراء التبرع. فضلا عن أن من العدالة أن يفى المدين بما فى ذمته من ديون بدلا من أن يتبرع بها للغير دون مقابل.

- **ويختلف الوضع فى القانون الفرنسى، فى هذه الخصوصية، عن صنوه القانون المصرى. ففى الاول يشترط الغش دائما سواء كان التصرف تبرعا أو معاوضة،** على أساس أن الدعوى البوليصية تحارب غش المدين بصفة أساسية. وهو ما استقر عليه الاتجاه الحديث في فرنسا[1]. أما فى القانون المدنى المصرى فالنص صريح فى عدم نفاذ التبرعات دون اشتراط الغش من جانب أى من طرفيه.

- ويلاحظ أخيرا أن هناك من الفروق ما قد يلتبس فيه أمر التصرف وهل هو معاوضة أم تبرع، وبالتالى هل يشترط الغش للطعن فيه أم لا يشترط ذلك. ومن هذه الفروض **التصرفات التى تُعْطَى وصف التبرع ولكن يخالطها عنصر من عناصر المعاوضة،** كما لو قدم شخص **هبة لآخر اعترافا بجميل**

---

(١) راجع: مارتى ورينو، السابق، رقم ١٧٨، وراجع فى القانون المصرى، عبد الودود يحيى، السابق.

سابق، وكذلك «الدوطة» التى يقدمها والد العروس، فى فرنسا، للعريس بقصد المساهمة فى نفقات الزواج. **وبالجملة كل هبة بعوض. فى مثل هذه الحالات يجب أن يتوافر الغش للحكم بعدم نفاذ التصرف.** كذلك الحال فى عقود المعاوضات التى يكون فيها اداء أحد المتعاقدين غير متناسب مع أداء الطرف الآخر، إذ تعتبر رغم ذلك معاوضة يشترط فيها الغش[1] (ما لم يكن المقابل تافها، ففى هذه الحالة الأخيرة يبقى التصرف موصوفا بالتبرع). **فى فرض ثالث قد يكون العقد تبرعا بالنسبة لاحد طرفيه ومعاوضة بالنسبة للطرف الآخر، وفى هذه الحالة يعامل كل من الجانبين بحسب وصف التصرف فى حقه.** ومن ذلك **الكفالة الشخصية والعينية**، التى قد تكون تبرعا بالنسبة للكفيل عندما لا يحصل على مقابل، ومعاوضة بالنسبة للدائن. وأخيراً يعد الاقراض بغير فائدة تبرعا، فان كان فى مقابل فائدة كان معاوضة[2].

ثانيا - حكم المعاوضات:

١٩٤- يختلف حكم المعاوضات عن التبرعات[3]، فى أن المعاوض أخذ من المدين واعطى له مقابلا. لذلك تطلب القانون المدنى، للطعن بعدم النفاذ، أن يتوافر الغش، وفق تصور خاص بالدعوى البوليصية. وهو تصور يقوم على دعامتين: فهو يتحدد من **ناحية أولى** فى المعنى الذى قصده المشرع بفكرة الغش، **والدرجة التى يعتد بها** للحكم بعدم نفاذ التصرف. فالغش -فى المفهوم القانونى العام- **قد يصل إلى درجة التواطؤ** بين شخصين بنية محددة هى قصد الاضرار بالغير.

---

(١) ويكون بخس الثمن قرينة على الغش.

(٢) السنهورى، السابق، ٥٩٤.

(٣) راجع : محمد لبيب شنب، السابق، رقم ٩٤.

وقد يقتضى القانون أن تصاحبه وسائل احتيالية، فى بعض الصور الخاصة، كما هو الحال فى **التدليس** باعتبار أنه يؤدى إلى تعيب الارادة، وبالتالى إلى التمسك بالبطلان النسبى عملا بالمواد ١٢٥ و ١٢٦ من القانون المدنى. وقد يكتفى المشرع بالغش وفق **مفهوم أكثر بساطة يتمثل فى درجة دنيا من سوء النية، يقتصر على مجرد العلم بأمر معين. وهذا المنهج الاخير هو الذى اختطه المشرع المصرى فى المادة ٢٣٨ من القانون المدنى**، حيث اكتفى فى توافر الغش من جانب **المدين أن يعلم أنه معسر**، ويكفى بالتالى مجرد هذا العلم حتى ولم يكن المدين على وعى واضح بأن تصرفه يضر بدائنيه.

ويضفى هذا المعنى البسيط لغش المدين مرونه وسهولة للدائن فى ممارسته لدعوى عدم نفاذ التصرف.

أما الجانب الثانى فيتمثل فى **شرط اشتراك المتصرف اليه فى الغش**، وقد إشترطت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ فى المتصرف إليه **أن يكون على علم بغش المدين، وهو يعتبر كذلك إذا كان «قد علم أن هذا المدين معسر»**. وهذا المعنى يمثل أدنى درجات الاشتراك فى الغش بالمعنى الدقيق.

ويلاحظ، فى كل ما سبق، أن المشرع أقام قرائن مبدئية على توافر الغش تقوم على العلم بحالة الإعسار التى يمر بها المدين. وقد اقام هذه القرائن فى حق المدين، ثم فى حق من تعامل معه. غير أن هذه القرائن، هى **قرائن بسيطة يجوز نقضها بالدليل العكسى**. إذ يجوز للمدين أن يثبت أنه لم يقصد الاضرار بدائنيه رغم علمه بحالة إعساره، كأن يقيم الدليل على أن حالة الإعسار عارضة فى طريقها إلى الزوال، ويقدم أدلة حقيقية على ذلك، أو أن التصرف الذى أجراه كان لضرورة ملحة، معيشية أو عائلية،

بقصد سداد نفقات علاج عاجل مثلا، أو سداداً لمصروفات ضرورية مدرسية أو عائلية، أو درءً لخطورة أشد قد تلحق بأمواله إذا لم يقم بواجب صيانة أو زراعة أو تجارة... الخ. وينطبق ذات هذا المنطق على المتصرف إليه، إذ يجوز له، بدوره، أن ينقض تلك القرينة البسيطة بأن يثبت أنه رغم علمه بإعسار المدين كان يعتقد فى حسن نية المدين وعدم انصراف قصده إلى الاضرار بدائنيه. وهو يقيم هذا الدليل من واقع ظروف وملابسات وطبيعة التصرف الذى اجراه المدين، وبذات المنطق السابق الذى أشرنا إليه فى شأن المدين.

- ويلاحظ أن تقدير الدليل على **التواطؤ والغش**، (العلم بإعسار المدين)، هو **من المسائل الموضوعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع** دون معقب على قضاءه من محكمة النقض، متى اقام قضاءه على أسباب سائغة: «واذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه بعدم نفاذ البيع المحرر عنه العقد الابتدائى... على ما استخلصه من مستندات المطعون ضده الاول واقوال شهوده التى اطمأن اليها من أن تاريخ نشأة دينه سابق على التصرف المطعون فيه، **وبتوافر الغش لدى كل من الطاعنين ومورثهما المدين وعلمها بإعسار الأخير** وقت صدور التصرف لمعرفتهما بظروفه المالية ولرابطة الزوجية التى تسمح لهما بذلك، وان مورثهما لم يقصد من تصرفه سوى الاضرار بحقوق دائنيه... فان ما تثيره الطاعنتان لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير الدليل تستقل به محكمة الموضوع تنحسر عنه رقابة محكمة النقض»[1]. كما قضى فى شأن شرط الغش أنه يكفى لتوافر الغش

---

(١) نقض ٨ مايو سنة ١٩٨٤ مجموعة أحكام النقض، س ٣٥- ١٢١٣.

«أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف اليه باعسار المدين وقت صدور التصرف»[١،٢].

حكم تصرف الخلف إلى خلفه:

١٩٥- قد يتصرف المدين فى المال إلى شخص معين، ثم يقوم هذا الأخير بالتصرف فى ذات المال إلى شخص ثالث هو خلف الخلف. وقد تعرضت المادة ٢٣٨ فى فقرتها الثالثة لهذا الفرض ونصت على أنه «إذا كان الخلف الذى انتقل اليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم بغش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف تبرعا».

وبتطبيق ما ورد فى هذا النص يمكن تصنيف الامر، فى شأن التصرف لخلف الخلف، إلى فرضين أساسيين لكل منهما حكمه حسب حالة التصرفين المتعاقبين من حيث المعاوضة أو التبرع.

الفرض الأول: إذا كان تصرف الخلف إلى خلفه تبرعا، ففى هذا الحالة ينظر إلى التصرف الأصلى الصادر من المدين وهل كان تبرعا أم معاوضة:

---

(١) نقض ١٣ مارس سنة ١٩٨٥ طعن رقم ١١٨٦س ٥٠ق، منشور فى قضاء النقض فى المواد المدنية، الجزء الأول، المجلد الأول سنة ١٩٩٤ص ٤١٤ وما بعدها: المستشار عبدالمنعم دسوقى، مطبوعات نادى القضاه.

(٢) يلاحظ أن المشرع المصرى تبنى حكما خاصا يُطلُ التسجيل العقارى فى حالة البيوع المتتالية على وحدة سكنية واحدة، وذلك فى قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حيث نصت المادة ٢٣ من هذا القانون على بطلان العقد التالى، الذى يرد على ذات الوحدة، ولو كان مسجلا، وهو حكم خاص يعتبر أن البيع لاكثر من مرة يعتبرمن قبيل النصب جنائيا، ويؤدى مدنيا إلى بطلان البيع التالى ولو كان مسجلا.

١- فاذا كان تصرف المدين تبرعا، وتبرع الخلف أيضا إلى خلفه:

فى هذه الحالة لا يسرى كلا من التصرفين المتعاقبين فى حق الدائن. لان التصرف الاول غير نافذ فى حق الدائن دون حاجة إلى شرط الغش، وكذلك التصرف الثانى الذى قام عليه تبرعا أيضا وبطريق التبعية. أى أن عدم نفاذ التصرف الأول يقتضى عدم نفاذ التصرف الثانى. والمنطق واحد فى الحالتين، فخلف المدين لا يستطيع أن ينقل إلى غيره، تبرعا، حقا يقوم على سند غير نافذ فى مواجهة الدائن رافع الدعوى.

٢- ان يكون تصرف خلف المدين إلى خلفه معاوضة:

وفي هذه الحالة **يجرى الحكم أولا على تصرف المدين**، فاذا كان هذا التصرف قد استوفى الشروط اللازمة لعدم نفاذه، خاصة شرط الغش، بعلم المدين وخلفه بحالة الاعسار، فان من المنطقى أن يصبح تصرف الخلف إلى خلفه غير نافذ بدوره، تأسيسا على ذات المنطق السالف عرضه، فى الحالة السابقة، من **أنه ما دام التصرف الصادر من المدين غير نافذ فان من تلقى عنه لا يصلح سندا كافيا لنفاذ تبرع يصدر منه لطرف ثالث**. ولا حاجة بطبيعة الحال لبحث اضافى فى موقف المتبرع له (خلف الخلف). **أما إذا كان تصرف المدين إلى خلفه معاوضة ولم يثبت فى حقه، وحق من تلقى عنه، الغش نحو الدائن، فان هذا التصرف يكون نافذا**، وكذلك التبرع الذى تبعه من خلف المدين إلى خلفه.

الفرض الثانى - إذا كان تصرف الخلف إلى خلفه معاوضة:

وفى هذه الحالة إما أن يكون التصرف الاصلى الصادر من المدين معاوضة، وإما أن يكون تبرعا. ويترتب على وصفه، من هذه الزاوية، الحكم على التصرف الصادر إلى خلف الخلف:

١ - **إذا كان تصرف المدين معاوضة،** ففى هذه الحالة يكون عدم نفاذ هذا التصرف مشروطا بتوافر الغش على نحو ما سبق ذكره فى المعاوضات. وكان من المنطقى أن ينبنى على عدم نفاذ تصرف المدين عدم نفاذ تصرف خلفه إلى خلف هذا الخلف، إذ لن يستطيع خلف المدين أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك. ومع ذلك فان المشرع **راعى فى هذه الحالة موقع خلف الخلف، وأنه تلقى الحق ودفع مقابلا له** (أى معاوضة) وليس من العدالة حرمانه من حق اكتسبه بحسن نية ودون علم بغش من تصرف اليه وبغش من أدلى اليه بالحق موضوع التعامل. لذلك جاءت الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من القانون المدنى **لتشترط لعدم نفاذ التصرف الصادر إلى خلف الخلف علم الخلف الثانى بغش المدين وعلم الخلف الاول بهذا الغش (وهو ما يتوافر فى الحالتين بالعلم بحالة الإعسار).** وبذلك يكون هناك مجال، فى هذه الحالة، لنفاذ تصرف خلف الخلف رغم توافر شروط عدم نفاذ تصرف المدين الأول.

٢ - **إذا كان تصرف المدين تبرعا،** وفى هذه الحالة الاصل أن هذا التصرف غير نافذ فى حق المدين دون حاجة إلى شرط الغش، **وبالتالى كان من المنطقى أن يقال أن أى تصرف لاحق بنى عليه لا ينفذ بدوره سواء كان معاوضة أو تبرعا. غير أن المشرع خرج على هذا المنطق** أيضا مراعاة لخلف الخلف الذى تلقى الحق معاوضة، ولم يشأ أن يأخذه بمجرد العيب الذى لحق بسند سلفه، ولذلك **إشترطت المادة ٢٣٥/ ٣ مدنى،** والسالفة الذكر، للتمسك بعدم نفاذ التصرف الصادر معاوضة لخلف الخلف، أن يكون هذا الاخير على علم باعسار المدين. وبذلك يكون المشرع **قد رجح مصلحة خلف الخلف حسن النية على مصلحة الدائن.** رغم ان الفرض أن سند هذا الخلف، الذى تلقى بموجب الحق، غير نافذ فى حق الدائن لصدوره من المدين على سبيل التبرع.

المبحث الثانى
آثار دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين

١٩٦- تعتبر دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين إحدى التطبيقات الهامة لنظرية دفع الغش بصفة عامة فى المعاملات، وكانت نشأتها فى القانون الرومانى إعمالا للمبدأ الرومانى الشهير «الغش يفسد التصرفات Fraus omina Corrumpict. ولذلك إختص شرط الغش بمفهومه الخاص بها باسم الغش «البولصى» نسبة إلى من زُعِمَ انه ابتدع هذه الدعوى «Paulus» وقد اختلف الفقه الفرنسى فى حقيقة أثرها فاعتبرها البعض أنها دعوى بطلان التصرف الصادر من المدين المعسر[1] غشا واضرار بدائنيه، وان البطلان، فى هذه الحالة، إنما يستهدف تعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة التصرف. والتعويض هنا عينى بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، وحتى يتمكن الدائن من استيفاء حقه بالتنفيذ على المال ضمن عناصر الذمة المالية. غير أن معنى البطلان المشار اليه لا يستقيم مع الآثار التى يرتبها القضاء فى فرنسا، وكذلك المشرع المصرى والقضاء المصرى، على الحكم فى الدعوى. **فهذا الحكم يتضمن قضاءً لا ببطلان التصرف، لكن بعدم نفاذه فى مواجهة الدائنين فحسب، وعلى نحو يبقى معه التصرف صحيحا بين طرفيه، المدين والمتصرف اليه**. وهذا التصوير الاخير هو الذى يتفق مع نصوص القانون المدنى وتطبيقات القضاء فى مصر[2].

---

(١) راجع الموضوع فى القانون الفرنسى، مارتى ورينو، السابق رقم ١٨٧ وما بعدها.

(٢) وراجع ما قضى به فى مصر من أن الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل هى فى حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر اضرارا بدائنيه. نقض ٢٠ مايو سنة ١٩٨١ مجموعة أحكام النقض، س ٣٢-١٥٤٩.

ومن ناحية اخرى، فقد اختصت المادة ٢٤٣ دعوى عدم النفاذ **بتقادم قصير**[1] **مدته ثلاث سنوت** «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. وتسقط فى جميع الاحوال بانقضاء خمسة عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه». **وبالنسبة للتقادم الثلاثى يقصد بالعلم ان يعلم الدائن بعناصر ثلاثة هى: صدور التصرف، وإعسار المدين، والغش الواقع منه**[1].

- بعد هذه الوجازة، عن طبيعة الدعوى وتقادمها، نعرض فيما يلى لآثار الدعوى فى مقصدين: نخصص **الأول** منهما لآثار الدعوى بالنسبة للدائن، ونخصص المقصد **الثانى** لأثر الدعوى بالنسبة لعلاقة المدين والمتصرف اليه.

المقصد الاول
آثار دعوى عدم النفاذ بالنسبة للدائن

١٩٧ - إذا توافرت شروط الدعوى قضت المحكمة بعدم نفاذ تصرف المدين فى مواجهة دائنيه، ومفهوم عدم النفاذ ينظر اليه من زاوية مصلحة الدائنين، مما يستتبع أن يكون **عدم النفاذ فى حدود هذه المصلحة مقيدا بوجودها وقائما فى حدودها**. ويترتب على هذا المفهوم السابق عدة نتائج:

---

(١) راجع: نقض ١١ يناير سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨-١٩٤ حيث قضى بأن التقادم المنصوص عليه فى المادة ٢٤٣ من القانون المدنى «بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف. فان العلم الذى يبدأ به سريان التقادم الثلاثى **هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وبإعسار المدين والغش الواقع منه**، واستظهار هذا العلم هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى الذى تستقل به محكمة الموضوع.

١- أن استمرار الدائن فى مباشرة الدعوى مشروط باستمرار مصلحته فيها. ويترتب على ذلك أن تفقد هذه الدعوى سند وجودها واستمرارها إذا ما أوفى المدين بما فى ذمته للدائن الذى أقام الدعوى. وقد يحدث هذا الوفاء من جانب المتصرف اليه، وتترتب عليه ذات النتيجة. واذا أوفى المتصرف اليه، على هذا النحو، كان له حق الرجوع على المدين بما أوفاه. وقد أوردت المادة ٢٤١ نصا صريحا فى أحقية المتصرف اليه فى أن يدفع ثمن الحق الذى تلقاه، متى كان هذا الثمن هو **ثمن المثل**، بايداعه خزينة المحكمة، وهذا الايداع يكون فى مصلحة المتصرف اليه إذا ما تعدد الدائنون.

٢- أن للمتصرف إليه أن يستبقى المال الذى تلقاه، مفضلا أن يُنَفَّذَ عليه، اذا ما قَدَّرَ انه سيباع بثمن أعلى مما دفعه فى شرائه. وفى هذه الحالة يؤول اليه فرق الثمن الذى يتجاوز حق الدائن.

٣- ان نتيجة **الحكم بعدم النفاذ تعم فائدتها على سائر الدائنين** (إذا تعددوا). ومعنى ذلك أن الدائن الذى أقام الدعوى لا ينفرد بهذه الفائدة، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٢٤٠ من القانون المدنى المصرى «متى تقرر عدم نفاذ التصرف إستفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر التصرف اضراراً بهم». ومفاد هذا التعبير الاخير: «الدائنين **الذين صدر التصرف اضرارا بهم**» أن اثر الدعوى مقصور على الدائنين الذين تتوافر لهم شروط رفع الدعوى البوليصية، ومن أهمها، فى هذا المقام، **هؤلاء الذين كانت حقوقهم سابقة فى وجودها على التصرف المطعون عليه**، وفق ما سبق ذكره فى موضع سابق[(١)]. وبالتالى فان لأى دائن من هؤلاء أن يتدخل فى اجراءات التنفيذ على المال

---

(١) يستوى فى ذلك من تدخل فى إجراءات الدعوى ومن لم يتدخل.

الذى عاد إلى الضمـان العام، وان يقتسم مع الدائنين الآخرين حصـيلة التنفيذ قسمـة الغرماء. وإذا كان الـدائن صاحب تأمين عينى فانه يتـقدم بموجب هذا التـأمين، وحسب مـرتبـتـه، على غيـره بما فـيهم الدائـن العادى الذى كـسب الدعـوى. ومـبنى مـا سبق أن المشـرع لم يجـعل من مـجـرد السـبق إلى رفع الدعوى وكسبها اساسا لأى افضلية خاصة أو إستئثار لدائن على آخر (إلا من كان له تأمين خاص وفى حدود هذا التأمين)[١].

٤ - ان للدائن الذى أُضـيرَ من تصرف المدين، القـائم على الغش، وفق مـا سبق عـرضـه، أن يرجع على المدين ومن تصـرف إليه، بالتـعـويض وفقـا لقواعد المسئوليـة التقصيرية[٢]، سـواء اسـتنادا إلى الخـطأ المحـدد فى صـورة الغش فى حـالة المعاوضـات، أو إلى الإهمال والرعـونة فى حالة الـتبـرعات.

---

(١) فى ظل القانون المدنى القـديم، وكذلك فى ظل القانون الفرنسى الحـالى، تقتصر الاسـتفادة من نتيجة الدعوى على من اقـامها دون غيره، وبالتالى يستأثر بعدم النفـاذ، بحيث يعتبر المال باقـيا فى ذمـة مـدينه لمصلحـته هو، ولا يمتـد هذا الاثر أكـثر من ذلك إلا بالـنسبـة للدائن أو الدائنين الذين ينضمـون اليه فى مباشـرة الدعوى. وتؤسس هذه النتيـجة على سند أن الدائن يمارس الدعوى باسمه الشخصى وليس بإسم مدينه، كما أنه ليس نائبا عن الدائنين الآخرين، ومن ثم تؤول النتيجـة لحسابه وفقا لمبـدأ نسبة أثر الاحكام القضائيـة. وقد اختلف الرأى فى صـدد هذا المنهج أثناء إعـداد القـانون المـدنى المصـرى الحـالى بين مـؤيد للمـذهب القـديم ومعارض له، وانتـهى الامر إلى التوسع فى أثر الدعوى ليشـمل كل من توافرت لهم شروط رفع الدعوى ولو لم يتدخلوا فيها، وذلك لاعـتبار جوهرى هو أن فكرة المساواة بين الدائنين لا تتحقق إذا جعـلت الاسبقية فى اتخاذ الاجراء أسـاسا للافضلية والاستـئثار. فالنص الذى يتضمنـه المشروع لا يقوم على فكرة نيابة الدائنين عن بعـضهم ولا على طبيعـة الدعوى وانما هو يستند إلى ضـرورة تحقيق المسـاواة فى الانتفاع بالضـمان العام، ولا ينبـغى أن تحول دون ذلك قاعـدة نسبـية «الاحكام، لأن زمام هـذه القاعدة بيـد الشارع، وهو يخـرج عليهـا كلما اقتضـت المصلحة ذلك...» الاعمال التحضيرية -٥-٦٢٤.

(٢) راجع: عبد المنعم البدراوى، السابق، رقم ١٤٢.

ويكون المدين ومن تصرف اليه مسئولين على سبيل التضامن قبل الدائن (عملا بالمادة ١٦٩ مدنى فى شأن التضامن بين المسئولين عن العمل الضار). وعادة ما ينشأ الضرر نتيجة التأخير فى الوفاء بالدين وحرمان الدائن من التنفيذ فى الوقت المناسب، ويتخذ التعويض صورة فوائد تكميلية يحكم بها بسبب غش المدين وسوء نيته فى الاضرار بالدائن (م ٢٣١مدنى).

المقصد الثانى

اثر دعوى عدم النفاذ بالنسبة لعلاقة المدين بالمتصرف اليه

١٩٨ - يترتب على وصف دعوى عدم النفاذ بأنها ليست دعوى بطلان، بل هى دعوى عدم نفاذ فحسب، ان الحكم الصادر فيها لمصلحة الدائنين لا يؤثر على بقاء التصرف صحيحا بين طرفيه وهما المدين ومن تلقى منه الحق، وبالتالى لا يجوز للدائن أن يطلب بطلان أو الغاء هذا التصرف. بل أن **مغزى عدم نفاذ التصرف يتضمن إقرارا بحقيقة التصرف بين طرفيه وجديته**، بما يعنى أن يظل قائما منتجا لآثاره بين المدين ومن تصرف اليه.

وحاصل ذلك **أن مفهوم دعوى عدم النفاذ يقوم على فكرتين متعارضتين : الفكرة الأولى**: قوامها أن التصرف يظل صحيحا منتجا لآثاره بين طرفيه. **والفكرة الثانية** ان هذا التصرف ذاته لا ينفذ فى حق الدائن الذى قضى له بعدم النفاذ وزملائه ممن توافرت فيهم شروط كسب الدعوى. فدعوى عدم النفاذ ليس من شأنها أن تمحو العقد المطعون عليه أو أن تبطله على أى نحو كان، وما على الدائن اذا كان يبغى الوصول إلى هذه النتيجة (البطلان) الا أن يسلك مسالكها القانونية: إما بأن يرفع دعوى بصورية التصرف، وأن يقيم الدليل على ذلك، وإما أن يتلمس سببا من أسباب البطلان ثم يقيم على اساسه الدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينه.

- **أما الحصيلة العملية والقانونية للتعارض بين عدم نفاذ التصرف بالنسبة للدائنين، وبقائه نافذا صحيحا بالنسبة لعلاقة المدين بالمتصرف اليه،** فانها تؤول فى نهاية المطاف إلى أن من حق الدائنين، بموجب عدم النفاذ، أن يعتبروا المال المتصرف فيه قائما فى ذمة المدين، وكأنه لم يخرج منها، ويتم التنفيذ عليه، ويستوفى الدائنون حقوقهم منه مع اقتسامه قسمة الغرماء.

- اما **بالنسبة لمبدأ أن التصرف يظل صحيحا بين طرفيه**، فمؤداها، من ناحية، أن ليس للمدين أن يحتج بعدم نفاذ التصرف لكى يتخلص من التزاماته الناشئة عن هذا التصرف، وبالتالى فانه ينتج كافة اثاره فى حق الطرفين وخلفهما العام والخاص وفقا للضوابط العامة فى هذا الشأن. فاذا كان العقد بيعا التزم البائع (المدين) بنقل الملكية إلى المشترى والتزم قبله بكافة الضمانات القانونية، كضمان التعرض، وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية. كما يلتزم المتصرف اليه بسداد الثمن، وقد تضحى هذه الاحكام بالغة الأهمية إذا لم ينفذ الدائنون على المال الذى حكم فى شأنه بعدم النفاذ. وهو

---

(١) وقد قضى بأن «الدعوى البوليصية»- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- ليست فى حقيقتها الا دعوى لعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنيه، **ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين، بل يظل صحيحا، وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما**، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عينى، ولا يؤول بمقتضاها الحق العينى اليه أو إلى مدينه بل يدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية إلى المدين وإنما ترجع العين فقط، إلى الضمان العام للدائنين، نقض ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ مجموعة أحكام النقض س٣٣-٥٠٨، و ٢٠ مايو سنة ١٩٨١ س ٣٢- ١٥٤٩، و ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٣ س ٣٤- ١٧٥١ و ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٣س ٣٤- ١٩٧٢، ٦ يناير سنة ١٩٨٥ طعن ٥٤ س ٥٤ق منشور فى قضاء النقض فى المواد المدنية ص ٤١٤.

ما يتصور عملا إذا ما تحولت حالة المدين، لسبب أو لآخر، من حالة الإعسار إلى حالة اليسر. أما إذا نفذ الدائنون على المال المذكور فان للمتصرف اليه أن يرجع على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق، وله أن يطلب فسخ العقد، لكى يتحلل من التزاماته العقدية. واذا كان المتصرف اليه قد تلقى المال من خلف المدين فان له ان يرفع دعوى الاستحقاق ضد البائع له، أو أن يرفع دعوى الاثراء بلا سبب ضد المدين (سلف سلفه)(١).

واخيرا فان للمتصرف اليه إذا ما تم التنفيذ على المال، وتجاوزت حصيلة البيع بالمزاد حقوق الدائنين، أن يتمسك بهذه الزيادة باعتبار أنه، وفقا لصحيح العقد بينه وبين المدين، مازال هو صاحب الحق المنفذ عليه.

---

(١) راجع: السنهورى، رقم ٦٠٦، سليمان مرقص، رقم ١٧٧، عبد المنعم البدراوى، رقم ١٤٣، محمد لبيب شنب، رقم ٩٩، عبد الودود يحيى، رقم ٢٩٩، محمد على عمران، السابق. طلبه وهبه، السابق، ص ٩١، شكرى سرور، السابق، رقم ١٣٥ وما بعدها، سعيد جبر، السابق، ص ١٥٩، فتحى عبد الرحيم، السابق، رقم ٩٢ وما بعدها، مصطفى عدوى، السابق، ص ١٨٠.

الفصل الرابع

دعـوى الصوريـة[1]

١٩٩ - الصوريـة هى العمليـة التى بمقتـضاها يخلق مـتعـاقدان مـركزاً قانونيا ظاهريا يختلـف عن المركز الحقيقى القائم بينهمـا. ويسمى العقد الاول **العقد الظاهر** ويسمى العـقد الثانى **العقد المستتر**. والصورية، علـى هذا النحو، لا تقتصر على نطاق معين فى القانون، بمعنى أن الدائن قـد يلجأ اليها لتهريب أمواله أو بعضـها صوريا حتى لا تقع تحت يد دائنيـه عندما تحل آجال ديونهم. وهى على هذا النحو، تمثل إحدى الوسائل القانونية للكشف عن تحايل الدائن وإثبات أن تصرفاته صورية، وأن المال المتصرف فيه لم يخرج من ذمته. غير أن الصورية قـد تستخدم فى أغـراض اخرى. فقـد يستهدف بهـا الشخص خلق مظهر كاذب لا يمثل الحقيقة، وصولا إلى الغرض الذى يسعى اليه. وقد يكون هذا الغرض الـتحايل على طلب الـشفعـة فى المبيع عن طريق صـورية نسبـية يذكـر فيـها البـائع والمشتـرى ثمنا أعلى من الثـمن الحـقيـقى لمنع الشفـيع، أو تعجيزه، عن الأخـذ بالشفعة. وقد يعمد شخـص إلى التحايل بالصورية على قواعد الميـراث، كأن يعمد أب إلى بيع املاكـه أو بعضها بيعـا صوريا لبعض ورثته الاحتمـاليين، ليحرم البعض الاخر من أن يرثوا فى القـدر المبيع صوريا. وقد تهدف الصورية إلى التحايل علـى القانون فى صورة التهرب من الرسوم والضرائب بذكـر رقم فى العقـود المشهـرة أقل من الرقم الحقيـقى الذى تم به التعامل. كما قد تكون الصورية بتسخـير إسم شخص معلن لاخفاء شخصية المتعـاقد الحـقيـقى، أو إخفـاء سبب العـقد غير المشـروع تحت مسمـى سبب مشروع. وقد ترد الصورية على حـقيقة نوع العقد، كأن يستر المتـعاقدان الهبة تحت ستار عقد بيع...الخ.

---

(١) خالد حمدى عبد الرحمن، بحث عن أحكام الصورية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

– وكل ذلك يعكس أن دعوى الصورية قد ترفع من أشخاص كثيرين، لهم فى اثباتها مصلحة قانونية ومشروعة، ومنهم: دائنو المدين الذى يتصرف فى أمواله تصرفا صوريا. ويلازم العقد الصورى فى كثير من الحالات ما يسمى ورقة الضد، والتى تثبت، فيما بين الطرفين حقيقة ما جرى بينهما مختلفا عما أظهراه فى العقد الظاهر الصورى. ولذلك فان الصورية هى فى حقيقتها وفى أغلب حالاتها تستهدف غاية غير مشروعة أخلاقيا وقانونا، بل هى تتعارض مع أوليات النظم القانونية التى تفرض مبدأ حسن النية فى المعاملات وتنهى عن الغش. فهى على حد تعبير بعض الفقه «التواء وزلل وخديعة»[1]. غير أن المشرع- وللأسف الشديد- لم يحظر الصورية، بل جعلها أقرب إلى الحلال البغيض، ورجح عند التعارض، بين العقد الظاهر والعقد المستتر، مصالح من يتمسك بالعقد الظاهر حفاظا على استقرار المعاملات وترجيحا لما ظهر للناس عما خفى عنهم.

أنواع الصورية:

تنقسم الصورية إلى صورية مطلقة وصورية نسبية، والفرق بين الصورتين هو فرق فى نطاق الإخفاء بينهما، ونعرض لكل من الصورتين فيما يلى:

١ – الصورية المطلقة:

٢٠٠– ترد هذه الصورية على وجود التصرف القانونى بصفة كلية،

---

(١) راجع: أحمد رفعت خفاجى، الصورية فى التصرف القانونى، المحاماه، س٣٤ العدد التاسع، ص ٢١٤٦٩ مجدى خليل، الصورية، رسالة من جامعة عين شمس ١٩٩٢، ص٢ وما بعدها، محمد شتا ابو السعد، الصورية، دار الفكر الجامعى، ص٣ وما بعدها، عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى، الصورية ١٩٨٦، ص ١٥ وما بعدها، أنور العمروسى، الصورية وورقة الضد، ١٩٩٧، ص ١٣ وما بعدها.

بمعنى أن التصرف الظاهر (الصورى) لا يخفى خلفه أى حقيقة بين الطرفين. ومن ذلك أن يتفق الدائن مع شخص آخر على أن يبيعه مالا بيعا صوريا صورية مطلقة، أو أن يشترى شخص يرغب فى التقدم لوظيفة تشترط نصابا ماليا معينا لشغلها (كمنصب العمدة مثلا فى بعض القوانين) أراضى يستوفى بها هذا النصاب، ويكون العقد صوريا مطلقا. وفى مثل هذه الحالات لا وجود للبيع فى الحقيقة على أى نحو كان، وبالتالى تصب الحقيقة بين الطرفين فى اطار إقرار بأن بيعا لم ينعقد، وان ثمنا لم يدفع، وانه لا وجود لاى حقيقة قانونية فى خصوص الشئ المبيع بينهما. وعادة ما يثبت الطرفان هذه الحقيقة القائمة بينهما -حقيقة وَهمِيَّة البيع- فى **ورقة الضد**، ضمانا لحقوق المالك الحقيقى، ونفياً لأى أثر للعقد الظاهر فى علاقتهما الحقيقية.

٢ - الصورية النسبية:

٢٠١- هذه الصورية لا ترد على كامل التصرف من حيث وجوده، بل ترد فقط على عنصر أو أكثر من عناصره، على نحو لا يتفق فيه ظاهر الاتفاق، فى شأن هذا العنصر، مع حقيقته فيما بين الطرفين. ولذلك فلا تعارض بين انتفاء الصورية المطلقة والادعاء بتوافر الصورية النسبية، لأن الاولى تتناول وجود العقد فى ذاته وبصفة كلية، أما الثانية فتنصرف إلى الجدل فى حقيقة نوع العقد المبرم بين الطرفين أو أحد عناصره[1]. ولذلك فان للمدعى أن يتمسك بصفة اصلية بصورية العقد صورية مطلقة، واحتياطيا صوريته صورية نسبية يحدد موضعها فى إدعائه تحديدا واضحاً.

وتتعدد أوجه الصورية النسبية فى عدة اتجاهات:

(١) راجع: نقض ٢٥ مايو سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩-١٣٣٧.

أ - **الصورية النسبية بطريق المضادة،** وفيها يخفى العقد الظاهر حقيقة ركن من أركان العقد، أو شرط من شروطه، أو حقيقة تاريخه. وبالنسبة لاركان العقد ما يحدث مثلا من **إخفاء حقيقة ركن السبب،** كأن يذكر فى عقد ينشئ مديونية على أساس أن سببها القرض الحسن فى حين أن الحقيقة أن الدين نشأ عن المقامرة، أو عن مقابل لعلاقة غير مشروعة. وبالنسبة لصورية الشرط فانها **ترد غالبا على شرط الثمن فى البيوع،** بأن يذكر هذا الثمن أقل من حقيقته تحايلا على أحكام الضرائب والرسوم، أو أكثر من الحقيقة لمنع الاخذ بالشفعة مثلا. أما بالنسبة **لتغيير التاريخ، فهو يحدث إما بتقديمه أو تأخيره،** على خلاف الحقيقة، ولجعل تصرف معين نافذا في حق الغير وفقا لتاريخه الصورى. ومن أمثلة هذه الحالة الاخيرة أن يقدم تاريخ التصرف لجعله نافذا في حق الخلف الخاص، أو لابعادة عن منطقة مرض الموت.

ب - **الصورية النسبية بطريق التستر:** وهى الصورية التى يقوم فيها المتعاقدان **بستر حقيقة طبيعة التصرف القانونية تحت ستار عقد آخر،** وذلك بقصد اخضاع التصرف لاحكام العقد الظاهر، وهروبا من أحكام العقد المستتر. ومن أهم تطبيقات هذه الصورة إخفاء الهبة تحت ستار عقد بيع، مع أن الهبة تصرف بغير مقابل، والبيع تصرف في مقابل ثمن. ومن الاهداف التى يسعى اليها العاقدان فى هذه الحالة الاخيرة تفادى الرسمية التى يتطلبها القانون لانعقاد عقد الهبة التى ترد على عقار. كما قد تحقق هذه الصورية فائدة فى تخفيض رسوم الشهر العقارى. وأخيرا قد تكون الهبة المستترة وسيلة للتحايل على أحكام الميراث، خاصة القاعدة التى لا تجيز الوصية إلا فى حدوث الثلث، فيعمد المتعاقدان إلى تصوير الأمر على أنه بيع وليس تصرفا تبرعيا.

جـ- الصـورية النسبية بطريق التسخير: وفيها ترد الصورية على شخص أحد المتعاقدين. فقد يرغب المتعاقد الحقيقى فى عدم إظهار شخصيته فى العملية العقدية الظاهرة، فيعمد إلى تسخير شخص يتعاقد باسمه، فى حين يكون التعاقد فى الحقيقة لحساب ولمصلحة الشخص المستتر. والشخص الوسيط ليس له مصلحة فى موضوع التصرف، ويقوم فى نهاية المطاف بنقل حقوق العقد والتزاماته إلى صاحب المصلحة الحقيقية فى التعاقد، وذلك فى الوقت المناسب لصاحب الشأن. ومثاله أن يبيع «أ» عقاراً لـ (ب) فى حين أن المقصود أن يكون البيع لابن أو لزوجه البائع، وكذلك لو وهب الاول للثانى فى حين ان المقصود النهائى من الهبة هو شخص ثالث محدد ومعروف لهما.

٢٠٢- وتوجد إلى جانب هذه الصورية حالة أخرى هى **حالة التعاقد عن طريق التسخير**، وفيها يحظر على شخص، من الناحية القانونية، أن يتعاقد مع جهة معينة، أو أن يتعامل فى مال معين، فيقوم بتسخير شخص يتعاقد باسمه دون علم الطرف الآخر فى التعاقد، غالبا، بهذه الحقيقة.

وفى هذه الحالة الأخيرة تقوم ثلاثة عقود: وكالة بين المُسَخِّر والمُسَخَّر، يقوم بمقتضاه الثانى بالتعاقد لحساب الاول دون اظهار ذلك، ثم يقوم الثانى بابرام العقد الذى كُلِّفَ بابرامه باسمه الشخصى دون اظهار الوكالة، حيث تنصرف آثار العقد اليه. واخيرا يقوم المُسَخَّر بنقل أثر التعاقد إلى الاصيل المستتر.

- وتقوم الصورية بطريق التسخير عادة فى الحالات التى يحظر فيها على شخص أن يتعاقد فى حالات محددة على مال معين، فيعمد إلى تسخير آخر صوريا لاجراء التعاقد. ومن هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٤٧١

مدنى من انه لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة العامة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا باسمائهم، ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه، كله أو بعضه، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وإلا كان البيع باطلا». كما نصت المادة ٤٧٢ مدنى على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار والا كان العقد باطلا. ونصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء باسمائهم أو باسم مستعار».

- ويلاحظ، فى مقام هذه **التصرفات السابقة**، أن **مخالفتها**، بالتعاقد عن طريق تسخير شخص ثالث، **يؤدى إلى بطلان التصرف الحقيقى لمخالفته لقاعدة آمرة لا يجوز الخروج عليها. وهو حكم يختلف عن حالة الصورية التى لا تستهدف مخالفة أحكام القانون الآمرة**. فهذه الصورية الاخيرة جائزة قانونا، غاية الأمر أن القانون المدنى يعتد بالنسبة للمتعاقدين بالعقد الحقيقى، لانهما قصدا إلى ترتيب آثاره، ويجيز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر، ان كانت له مصلحة في ذلك. وينبنى على ما سلف، **أن الصورية فى ذاتها ليست سببا للبطلان**. وينطبق مجمل هذا القول على الصورية النسبية. أما الصورية المطلقة فهى تعبر عن وجود مظهر تصرف لا وجود له كليا فى نية العاقدين، فهما لم يقصدا إلى أى عقد، ولم تتجه إرادة أى منهما إلى ترتيب أى أثر قانونى على أى نحو كان، ومن هنا كان التصرف الصورى صورية مطلقة -حال اثبات ذلك- ساقط المبنى وساقط المعنى فى آن واحد. ولا يحتاج أمر تقدير هذه الحقيقة إلا لمجرد إقامة الدليل عليها.

هـ- تمييز الصورية عما قد يختلط بها:

أولا - الصورية والتكييف الخاطئ:

٢٠٣- التكـيـيف هو **إعطاء الوصف القـانونى الصـحيح للتصـرف** القانونى فى ضوء أركانه وشروطه. ويعتبـر التكييف عملية أولية تسبق تسكين العقد فى النظام القانونى الخاص به[1]. فعقد البيع يختلف فى نظامه القانونى عن عقد الهبـة، وعن عقد المقايضة، كما يختلف نظام عـقد الايجار عن عارية الاستـعمال وهكذا. وقـد يحدث أن يطلق المتعـاقدان على تصرفـهما وصـفا قانونيـا لا يتفق مع حقيقـته القانونية، عن جـهل وسوء فهم للقانـون غالبا، أو عن عمـد يسعى إلى الـغش نحو القـانون احيانـا. وفى جميع الحـالات يجب على القاضى أن يُسْبِغَ على العمليـة القانونية وصـفها الصـحيح، لكى يطبق عليها، بعد ذلك، القواعد القانونية الخاصة بها.

أما الصورية فهى تحايـل مقصود الغاية من جانب المتعاقـدين، به يخفيا حقيقة العلاقة القائمة بينهما بصفة كلية أو بصفة جزئية.

وتختلف الـصورية عن التكييف الخـاطئ من عدة أوجـه: ١- ان اثبات الصورية يقع على عاتق من يدعـيها، ويتقيد المدعى بقواعـد الاثبات القانونية، ما لم تكن الصورية تخفى غرضا غير مشروع، إذ يجوز اثباتها، فى هذه الحالة الاخيرة، بكافـة طرق الاثبات. أمـا التكييـف فهـو عمليـة قانونيـة تدخل فى اخـتصـاص المحكمـة وتخضع فى شـأنه لرقـابة محكـمة النقض، ولا يجـوز للافراد بارادتهم، بالتـالى، التحكم فيـه وفق رغباتهم. ٢- ان الصـورية، حال ثبوتها، تتميـز بنظام خاص يسمح بالتمسك بالعقد الظاهر أو بالعـقد الحقيقى

---

(١) راجع: ابراهيم أحمد، القانون الدولى الخاص، ١٩٩٨، ص ٨٥ وما بعدها، فى شأن مشكلة التكييف فى القانون الدولى الخاص.

حسب مصلحة صاحب الشأن الذى يقوم باثباتها. وفى حالة تعارض المصالح بين من يتمسك بالعقد الظاهر ومن يتمسك بالعقد الحقيقى، فان الافضلية تكون للفريق الأول كما سبق القول. أما الخطأ فى التكييف فلا يحتمل سوى إعمال التكييف الصحيح، حيث لا يوجد تصرفان بل تصرف واحد حقيقى وجاد، وان كان المتعاقدان قد اطلقا عليه وصفاً خاطئا.

ثانيا- الصورية والتحفظ الذهنى:

٢٠٤- التحفظ الذهنى هو أن يُضْمِرَ أحد المتعاقدين أمرا يؤثر فى نهائية تعاقده أو فى شروط هذا التعاقد، ولكنه يبرم العقد دون أن يظهر هذا الامر للطرف الاخر، كأن يبيع شخص سيارته لآخر وينتوى تعليق التسليم على شرط استلامه لسيارته الجديدة. ففى مثل هذه الحالة يقتصر التحفظ على صاحبه الذى لم يفصح عنه ظاهريا[(١)] ولم يصل به بالتالى إلى علم من وُجِّهَ اليه، فى حين يكون التعاقد قد تم وفقا للارادتين المعلنتين المتطابقتين. وفى هذا الفرض لا نكون بصدد صورية، ولا قيمة للتحفظ الذهنى الذى استقل به صاحبه ولم يفصح عنه. وهذه المسألة تعود إلى مشكلة الخلاف حول الأخذ بالارادة الظاهرة أم بالارادة الباطنة. والمشرع المصرى فى مزجه بين نظرية الارادة الظاهرة ونظرية الارادة الباطنة لا يعتد بتحفظ ذهنى لم يعلم به الطرف الآخر، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به. وفى تبنى هذا المذهب تدعيم لاستقرار المعاملات والثقة المشروعة فيها[(١)].

(١) راجع: محمد لبيب شنب، السابق، رقم ١٠٣، محمد على عمران، السابق، ص ١٠٤، طلبه وهبه خطاب، أحكام الالتزام، فيصل زكى عبد الواحد، دروس فى أحكام الالتزام، ١٢٥. مجدى حسن خليل، الصورية، رسالة من جامعة عين شمس ١٩٩٢، ص٣٧.

ثالثا- الصورية والتدليس:

٢٠٥- تختلف **الصورية عن التدليس،** فالاولى تقوم على اتفاق مقصود من طرفيه، سعيا إلى التحايل على القانون، أو إلى التحايل على مصلحة للغير. وقد أورد لها القانون المدنى جزاءً محددا سبقت الاشارة اليه، وهو ليس بطلانا فى جميع الحالات. **أما التدليس** فهو استعمال أحد المتعاقدين وسائل احتيالية يُوقعُ بها الطرف الآخر فى غلط جوهرى يدفعه الى التعاقد(١)، وجزاؤه هو القابلية للبطلان لمصلحة المُدَالَسِ عليه. وبالتالى فكل من الصورية والتدليس يختلف عن الآخر من حيث المنشأ (الصورية ثنائية المنشأ فى حين أن التدليس آحادى المنشأ)، ويختلفا من حيث الجزاء. ويلاحظ أن التدليس يتم بوسائل مادية احتيالية يجوز اثباتها بكافة الطرق. أما الصورية فانها تتمثل في تصرف قانونى يتقيد بالالتزام بقواعد الاثبات فيما بين طرفيها، ما لم تكن الصورية مخالفة للنظام العام، أو كان من يتمسك بالصورية دائنا أو خلفا خاصا للمتصرف (م ٢٤٤مدنى)، وكان حسن النية.

وأخيرا فان الطعن بالصورية لا يقتضى إثبات الغش أو التواطؤ، فالصورية بذاتها موجبه للطعن عليها، من جانب صاحب المصلحة، وصولا إلى الحقيقة القانونية بين طرفى التصرف المطعون عليه(٢).

مفترضات توافر الصورية:

٢٠٦- يتضح من العرض السابق أن للصورية، كما عالجها القانون المدنى، مفترضات معينة تتمثل فى الآتى:-

---

(١) راجع: للمؤلف، الوسيط فى النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، العقد والارادة المنفردة ١٩٩٩.

(٢) راجع: للمؤلف، الوسيط، الكتاب الأول، السابق الاشارة اليه.

– ان يوجد تصرفان، بين ذات المتعاقدين، أحدهما ظاهر والآخر مستتر:

وهو ما يعنى أن يبق العقد المستتر سرا غير معلن للغير، وهو ما يعكس نيه الاخفاء والتحايل فى أغلب الحالات[1]. وبالتالى فاذا وجد عقدان أشار الطرفان فى العقد المعلن منهما إلى وجود تصرف أو عقد آخر، فإننا لا نكون بصدد صورية، إذ ينتفى معنى الصورية بتلك الاشارة. ومن هذا القبيل أن يتعاقد شخص ويشير فى تعاقده إنه انما يبرم العقد لحساب شخص ثالث، سواء عينه فى حينه، أو احتفظ بحق تعيينه مستقبلا. فالتستر هنا لا وجود له، (وكذلك الصورية)، حيث تضمن العقد اعلانا لحقيقة أن الشخص لا يتعاقد لحساب نفسه بل لحساب طرف ثالث. كذلك، ولذات المنطق السابق، تنتفى الصورية إذا كان العقد المستتر واجب الشهر أو واجب القيد وتم شهره أو قيده. فهذان الاجراءان هما سبيل افتراض علم الغير بالتصرف فيصبح نافذا فى حقه بإجراء أى منهما بحسب الاحوال[2].

– ان يكون التصرفان، الظاهر والمستتر، متعاصرين، أى أن تتم العملية القانونية بشقيها الظاهر والمستتر، فى وقت واحد. **والمقصود بهذه المعاصرة أن يكون الاخفاء والازدواجية فى التصرفين فى ذات لحظة الاتفاق من الناحية الذهنية، إذ لا تشترط المعاصرة الزمنية ماديا.** وبالتالى فليس هناك ما يمنع، إذا ما توافرت المعاصرة الذهنية، أن يتم تحرير ورقة الضد فى وقت لاحق لابرام التصرف الظاهر. وفى هذه الحالة يخضع الأمر لتقدير قاضى الموضوع فى تقصى المعاصرة الذهنية، وتوافر حقيقة قصد الصورية. والقاضى يقوم بهذه المهمة من واقع قيامه بعملية تفسير العقود والبحث عن النية المشتركة للعاقدين

---

(١) حيث لا يقتضى الحكم بالصورية اثبات سوء النية، نقض ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر-٢- ٥٥٣.

(٢) السنهورى، رقم ٦١٥.

لينتهى إلى أن العـقد محل الدعوى، وإن صدر فى يوم تال لعـقد آخر، إلا أن بينه وبين العقد الآخـر معاصرة ذهنية، وأن العقـد الاخير وإن وصف بانه تَرَادٌ أو تفاسخ، هو ، فى حقيقته، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول»[1].

ويترتب على شرط **المعاصرة الذهـنية انتفاء الصورية فى كـل حالة يبرم فيها طرفان عقدا حقـيقيا جديا ثم يتلوه فى وقت لاحق، تعديل أو الغاء.** ومن ذلك أن يتم الاتفاق على البيع ثم يعقب ذلك ملحق بتـعديل الثمن ارتفاعا أو تخفـيضـا. ففـضلا عن انتـفاء المعاصـرة الذهنية، فـان التعـديل قد تم قـصداً ومعلنا[2].

٢٠٦ مكرر- وقريب من هذه المشكلة ما قد يعـرض عملا فى مـجال النيابة فى التعاقد، **حين يتعـاقد نائب دون أن يعلن عن هذه الصـفة.** فالاصل، فى التعاقد بطريق النيابة، أن يتعـاقد النائب معلنا للطرف الآخر عن نيابته عن الغيـر. فإذا أغـفل النائب، أو تعمـد، عدم الافصـاح عن هذه الصفـة، فان أثر العقد ينصرف اليه ولا ينصرف إلى الاصـيل دائنا أو مدينا، ثم يتعين عليه بعد ذلك، وفـقـا لاتفـاقه مع الاصـيل، أن ينقـل اليه حـقـوق والتـزامـات الرابطة العقدية. **وفى هذه الحالة يعـتبر الامر من قبـيل تسخير الاسم وليس مـن قبيل النيابة فى التعـاقد. غير أن المادة ١٠٦ من القانون المدنى أعـملت أحكام النيابة في حالة بذاتهـا، وهى حالة مـا اذا كان من تعامل مع الـنائب من المفروض أن يعلم بوجـود النيابة، أو كـان يستوى عنده أن يـتعامل مع الاصـيل أو النائب.**

---

(١) نقض أول ديسـمبر عـام ١٩٤٩ مجـموعة أحكـام النقض، س ١-٤٨ و ١٥ ديسمـبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض س ١-١١٢.

(٢) راجع: أحمد نشأت، رسالة الاثبات، الجزء الأول، رقم ٢٤٤.

ففى هاتين الحالتين ينصرف أثر العقد إلى الاصيل رغم عدم إفصاح النائب عن صفته[١].

– ان تعدد الاغراض من وراء عقد جدى لا يدخل فى منطقة الصورية:

فقد يبرم المتعاقدان تصرفا حقيقيا غير صورى، ومع ذلك يسعيا به إلى تحقيق غرض غير مشروع أو تحايلى يخفيانه تحت شعار الغرض الواضح المعلن للتصرف. وفى هذه الحالة لا توجد صورية بالمعنى الفنى والقانونى. ومن قبيل هذه الحالة أن يتصرف المدين فى بعض أمواله **تصرفا حقيقيا** ويكون الغرض من ذلك إخراج المال من الضمان العام. وقد يستحث الزوج أحد والديه ليقيم ضده دعوى بالنفقه بقصد مزاحمة الزوجة فى مطالبتها بنفقة الزوجية. وكذلك لو تصرف مالك إلى ابنائه حتى لا يخضع لقانون الاصلاح الزراعى فى شأن الحد الاقصى للملكية. ومن يبرم زواجا لِيَمْتَدَّ اليه عقد إيجار احدى الشقق، أو طمعا فى ميراث. في مثل هذه الاحوال لا توجد صورية، رغم توافر الغش، ولا تكون دعوى الصورية بالتالى مقبولة، انما قد يتيسر للدائن دعوى اخرى، فى بعض الحالات، كأن يطعن على البيع الصادر من مدينه بدعوى عدم نفاذ التصرف[٢].

(١) راجع: بحث للدكتور فيصل زكى عبد الواحد فى اثر اعلان النائب عن صفته الحقيقية في التعاقد، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٥ وما بعدها.

(٢) راجع: أحمد نشأت ، السابق، رقم ٢٤٤ مكرر، السنهورى، السابق، ٦١٥، ويلاحظ أن الصورية كما قد ترد على التصرفات ترد ايضا طعنا على الاحكام القضائية، خاصة أحكام رسوم المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الاجراءات الشكلية، ثم إيقاع البيع لمن يظهر ان المزاد رسا عليه، «فان الحكم المطعون فيه اذ اقام قضاءه على ما خلص اليه من صورية دين النفقة واجراءات التنفيذ به التى انتهت الى ايقاع البيع على الطاعنة، صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثانى بقصد الاضرار بالمطعون عليها الأولى، فانه يكون قد كشف عن بيان الصورية التى اقتنعت بها محكمة الموضوع، ولا يكون قد خالف القانون اذا أعمل الاثر القانونى المترتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم مرسى المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد، نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٩-٢١٨ و ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١، مجموعة عمر- ٣-٣٩١.



وبعد هذه التحديدات السابقة نعرض فيما يلى لأحكام الصورية من خلال مبحثين: نعرض فى **الاول** منها لاحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام، ونعرض فى المبحث **الثانى** لاحكام الصورية بالنسبة للغير.

المبحث الأول

أحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام

٢٠٧- نصت المادة ٢٤٥ من القانون المدنى على أنه «اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى».

ويقرر هذا النص مبدأ أساسيا، وبديهيا فى ذات الوقت، وهو أن العبرة، فيما بين أطراف العقد الصورى، هى بالحقيقة القائمة بينهما، سواء كنا بصدد صورية مطلقة أو صورية نسبية. ويقوم هذا المبدأ على ارتباط التعاقد بالارادة، فالمتعاقدان قصدا، فيما بينهما، إلى الوضع المستتر، أما المظهر فقد خصصاه للظهور به أمام الغير. وبالتالى فمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين انما يتصرف إلى الوضع الاول دون الوضع الثانى. فإلى هذا الأول اتجهت الارادة، وعلى اساسه يكون الحكم بين الطرفين.

ويترتب على ذلك انه إذا ابرم شخصان عقد بيع صورى صورية مطلقة، فان البيع لا وجود له بينهما، ولا ينشئ، وبالتالى، اية التزامات على أى طرف. وتبقى ملكية الشئ المبيع فى الحقيقة على ذمة البائع الصورى، ويجوز له ان يقوم ببيعه بيعا حقيقيا إلى مشتر آخر. وفى هذه الحالة الاخيرة يجوز للمشترى الآخر أن يثبت صورية البيع الاول حتى يزيل اية عقبة تقف دون انتقال ملكية المبيع اليه. ويلاحظ، فى هذا الشأن، انه لا اثر في كل ذلك

لكون العقد الصورى مسجلا أو ثابت التاريخ. فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصورى عقدا جدِّياً، كما أن التسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدِّى، والخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الصورى الصادر **من البائع** له إلى مشتر آخر»[1]. فاذا أقام الدليل على ذلك -ومن حقه أن يقيم هذا الدليل بكافة طرق الاثبات باعتباره غيراً- فان البيع يصبح غير قائم، ولا أهمية لتسجيله، لان التسجيل لا يصحح عقدا باطلا ولا يقلب العقد الصورى الى عقد حقيقى. وفى ذلك تقرر محكمة النقض انه «**متى كان العقد صوريا فانه لا يكون له وجود قانونى، فتسجيله وعدمه سيان**، ولكل دائن أن يتجاهله رغم تسجيله ولو كان دينه لاحقا له»[2].

- ولكن يلاحظ ان هناك **فرقا بين الصورية المطلقة، فى الفرض السابق، وبين حالة التواطؤ بين طرفين على ابرام عقد حقيقى بغية حرمان مشتر اخر من ذات الصفقة**. ففى هذه الحالة فان العقد المشار اليه، ولو بنى على التواطؤ، ما دام عقدا حقيقيا، هو الذي ينقل الملكية لمن سبق إلى التسجيل. وفى ذلك تقرر محكمة النقض «**أن العقد المسجل- ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان مشتر آخر من ذات الصفقة- يَفْضُلُ العقد غير المسجل**. ذلك ان الصورية تختلف عن التواطؤ مدلولا وحكما، **لان الصورية تعنى عدم قيام المحرر اصلا فى نية عاقديه، أما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد، ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له**، لما كان ذلك وكان ثبوت **صورية عقد البيع المطلقة**، وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة، ترتب بطلانه، **فلا**

(١) نقض ٢٦ مايو سنة ١٩٧٣، مجموعة احكام النقض، س ٢٤-٩٦٧، و ٢٧ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض، س ١٦-٦٥٥.

(٢) نقض ٢٥ ابريل سنة ١٩٤٦ - اشار اليه المستشار محمد كمال عبد العزيز، ص ٨٨٧.

تنتقل بـه ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا، اذ ليس من شـأن التسـجيل أن يصحح عقدا باطلا، وكـان البين من مدونات الحكم المطعون فـيه انه بعـد ان خَلُصَ إلى أن عقـد البيع الصادر للطاعنة مـن زوجها بشأن الأرض مـوضوع الدعوى، صورى صـورية مطلقة، رتب على ذلك انعدام العـقد المذكور على الرغم من تسجيل الحكم الصـادر بصحته ونفاذه، وأيد حكم مـحكمة الدرجة الاولي الذى قضى بصحة ونفاذ عقد البيع الابتدائى الصادر إلى المطعون ضده الأول عن ذات الارض المشار اليها، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد طبق القانون على وجهه الصحيح[(١)].

ومن ناحية اخرى فـان ذات الحكم -العـمل بـالعـقـد الحـقـيـقى بين الطرفين- هو الواجب التطبـيق فى حالة الصورية النسـبية. ففى حـالة صورية الثمن لا يعـتد، بين المتعاقـدين، سوى بالثمن الحـقيقى الثابت فى ورقـة الضد بينهمـا. وكذلك الحـال فى كل حالة من حـالات الصورية النسـبية، كـما فى صورية التاريخ أو فى صورية البيع الذى يخفى رهنا بالمخالفة للقانون..الخ.

الصورية واستيفاء شروط انعقاد العقد:

٢٠٨- **يتـعين ابتداء أن يتـوافر للعـقد الظاهر أركـانه** (الرضـا والمحل والسبب) **وشروط صحته،** (خلو الارادة من العيوب والاهلية)، وفقا للضوابط العامة فى نظرية الالتزامات، وغيرها من القوانين الخاصة التى قد تحكم العقد.

---

(١) نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٨٥ طعن ٥٤٩، س ٥٢ق، قـضاء النقض فى المواد المدنية، الجزء الثانى، المجلد الاول، ص ٤٢، وراجع ما قضى به من انه **لا يقبل من الدائن الادعاء بصورية تصرف معين صورية مطلقـة بعد ان يكون قد طعن عليه بعدم نفاذه فى حـقه لحصوله بطريق الغش والتواطؤ، لان مثل هذا الطعن فـيه معنى الاقرار بجدية التصرف ومن قـيام الرغبة فى احداث اثار قانونية له بما لا يتفق مع الادعاء بصوريته صورية مطلقة التى انما تعنى عدم قيامه اصلا فى نية المتعـاقدين فيه:** نقض ٦ مـارس سنة ١٩٨٦ طعن ٤٨٠، و ٤٨١، س ٥٢ق، قضاء النقض، السابق، ص ٤٤.

فاذا كان العقد الظاهر باطلا بطلانا مطلقا، أو نسبيا، كان لصاحب الشأن أن يتمسك بهذا البطلان وفقا للقواعد العامة فى القانون المدنى وقوانين الولاية على المال. كما يجوز لدائنيه أن يرفعوا عن هذا العقد الباطل دعوى البطلان بطريق الدعوى غير المباشرة. أما فى حالة البطلان النسبى فيبقى للدائن، وكذلك لكل صاحب مصلحة، أن يتمسك بالصورية، لان العقد القابل للبطلان صحيح ما لم يتمسك صاحب الشأن بابطاله.

- أما إذا **ثبت الصورية بين المتعاقدين فيجب أن تتوافر فى العقد المستتر جميع شروط وجوده وشروط صحته الموضوعية والسالف ذكرها**. فاذا كان هبة وجب -فضلا عن أركان العقد- أن يكون الواهب أهلا للقيام بالأعمال الضارة ضررا بحتا. وتسرى على الهبة، فى هذه الحالة، بين العاقدين، أحكامها الواردة فى القانون المدنى، خاصة تلك المتعلقة بحالات الرجوع فى الهبة.. (اذا وجد عذر مقبول ولم يوجد مانع من موانع الرجوع، م٥٠٠/ ٢ مدنى). **أما من حيث استيفاء العقد المستتر للشكل- فى العقود الشكلية- فان العقد المستتر لا يخضع لها** (بعكس حالة ما إذا كان العقد غير مستتر حيث يجب الالتزام بالشكل المطلوب). وتطبيقا لذلك نصت المادة ٤٨٨ مدنى على أن «١- تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة مال لم تتم تحت ستار عقد آخر» ثم اضافت الفقرة الثانية، «ومع ذلك يجوز فى المنقول ان تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية».

- وبالتالى فإذا تم إخفاء الهبة تحت ستار عقد بيع، فان الشكلية فى العقد المستتر لا تكون مطلوبة. وتتم هبة العقار (المستترة) بورقة عرفية، كما تتم فى المنقول دون اشتراط القبض. غير أن **كل ذلك مشروط بأن يستوفى العقد الظاهر -كما سبق أن أشرنا- كافة أركانه وشروط صحته، ومن أهمها،**

فى البيع، عنصر الثمن. ولذلك فاذا كان الثمن فى عقـد البيع الظاهر تافها «أو تضمن شرطـا بهبة الثمن للمـشترى، فان العقـد يكون هبة مكشوفة لا تـنعقد بالتالى، الا بورقة رسمية فى العقار، وبالقبض فى المنقول[1].

اثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للخلف العام:

٢٠٩- يتقيد المتـعاقـدان، وكذلك الخلف العـام، بقواعد الاثـبات من حيث نصاب الاثبات بالكتابة (اذا زادت قيمة التصرف على خمسمائة جنيه)، ومن حيث عدم جواز اثبات مـا يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة[2]. (ورقة

---

(١) وقد قضى فى هذا المعنى أنه «إذا كان الظاهر من عقد البيع انه تم في مقابل ثمن معين وكان منصوصا فـيه على أن البائع تبرع لولده المشترى بهـذا الثمن وعلى أن المشترى التزم بتـجهيز اختيه وبالانفاق عليهما وعلى امه بعد وفاة ابيه، واعتبرت المحكمة أن هذا العقد هبة مكشوفة فانهـا لا تكون قد أخطأت فى تكييـفه، فإن مـجرد **النص على أن الوالد تبـرع بالثـمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة،** أما مـا التزم به الموهوب له فى هذا العـقد من تجهيز اختيه ومن الانفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة ابيه فـلا يعدو أن يكون مقابلا للهبة، ولا يخرج عقدها عن طبيعتـه، «نقض ٢٢ مايو سـنة ١٩٤٦، مجموعة احكام الـنقض فى خمـسة وعشـرين عاما-٣٥٠). وكـذلك الحال لو ابرأ البائع المشترى من الـثمن: نقض ١٩٣٨/٦/٩ السابق، ص٣٤٦.

(٢) إذا كان صـحيـحا أن الصـورية لا تثبت بين المتـعاقـدين الا بالكتـابة، الا ان المشرع قـد اجاز الاثبات بالبـينة فيما كـان يجب اثباته بالكتابة إذا وجد مـبدأ ثبوت بالكتابة ومـتى أُكْمِلَ هذا المبدأ بالبينة أو القـرائن فانه يقوم مقام الدليل الكامل». نقض ٢٢ مايو سنة ١٩٧٣ مـجموعة احكام النقض س ٢٤-٧٩٩، كما قضى.. أما المتعاقدان فـلا يجوز لهما اثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب الا بالكتابة والطعن على عـقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فانه لا يجوز لأى من عاقـديه ان يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة عملا بنص المادة ٦١ من قـانون الاثبات. ولا يصح قـياس هذه الحـالة على حالة الوارث الذى يجـوز له اثبات طعنه على العقد بـأنه يخفى وصية بجميع الطرق، لان الوارث... إنما يستـمد حقه من القانون مـباشرة عـلى أساس ان التصـرف صدر إضرارا بحـقه فى الارث فـيكون تحايلا عل القانون: نقض ١٩٧٦/١٢/٢١س ٢٧- ٢١٨.

الضد فى الصورية). ولا يجوز الخروج على هذه المبادئ الا فى الحدود التى يجيز فيها قانون الاثبات ذلك، كما فى حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (م٦٢ من قانون الاثبات) أو وجود مانع مادى أو أدبى حال دون الحصول على ورقة مكتوبة، أو حالة فقدان الدليل بسبب أجنبى لايد للدائن فيه (م٦٣ من قانون الاثبات).

وينبنى على ما سبق أن ورقة الضد تمثل أهمية بالغة فيما بين المتعاقدين (فيما يجب اثباته بالكتابة)، وهذه الكلمة (ورقة الضد) تعبر عن التصرف المستتر، كما تعبر أيضا عن الورقة التى تحتويه كمستند لاثباته بين عاقديه.

ويشترط فى ورقة الضد أن تعكس حصيلة ما سبق ذكره من شروط الصورية ومفترضاتها، ومن ذلك أن **تحتوى ورقة الضد اثباتا لما يوضح صورية العقد الظاهر**، أى أن تثبت ما يناقضه على نحو يستبين منه الاخفاء وقدره، وفق ما اتجهت إليه نية العاقدين كأن تثبت الثمن الحقيقى، أو السبب الحقيقى، أو الطبيعة الحقيقية للعقد، أو التاريخ الحقيقى للتصرف الظاهر...الخ.

– **وإجمالا تبين ورقة الضد وجه التناقض بين التصرف الظاهر والتصرف المستتر.** ويترتب على هذا المفهوم أن أية ورقة، بين الطرفين، تتضمن تعديلا للالتزام السابق بينهما، بزيادة قدره أو انقاصه، أو توضيح أمر من أموره، على نحو لا يناقضه، فان الورقة لا تكون ورقة ضد ولا يتعلق أمرها بصورية ما. ومن أهم الامثلة على ذلك حالة التضامن التى يشترطها الدائن على جملة اشخاص ينضمون إلى المدين وهم ليسوا مدينين حقيقيين. ففى هذه الحالة لو وقَّع المدين الحقيقى على ورقة يقر فيها بأنه المدين الوحيد الملزم بالدين (دون بقية الموقعين على عقد القرض مثلا، بصفتهم مدينين على سبيل التضامن)، فان هذا الإقرار لا يعد ورقة ضد لانه ليس من شأنه أن يلغى

مـا ورد فى عـقد القـرض ولا أن يناقـضـه. وكذلـك الحال فى شـأن الوكـالة بالتسخير، حيث يلتزم الوكيل المسخر بما ابرمه من تعاقد مع الغير، ولا شأن لهـذا الغيـر بالاتفـاق بين الاصيل والوكـيل المسخر. وبالتـالى لا يعـتبـر هذا الاتفـاق الأخير ورقـة ضد وكـذلك الحال، كـما سـبق أن أشرنا، فى مـوضع سابق، إذا ما تعاقد شـخص لحساب شخص آخر سوف يفصح عنه مـستقبلا، ففى هذه الحـالة ليس هناك خفاء بالمعنى المقـصود بالصورية، ما دام التـصرف الظاهر قد أشار إلى حقيقة أن التعاقد يتم لحساب الغير.

- **يضاف إلى ما سبـق كل ما تتحقق به مفتـرضات الصورية الاخرى.** ومن أهمهـا شرط **المعاصرة الذهنية** بين التصـرف الظاهر والتصرف المستـتر، حتى ولو لم تكن هناك معـاصرة زمنية من الناحية الماديـة فى تحـرير العقدين، واخيرا **ألا تكون ورقة الضد مجرد تكمله أو تعديل للعقد الاصلى**، وقد سبق أن أوضحنا ذلك عند التعريف بالصورية.

والاصل فى العـقـود الجدية، وبالتـالى فـمن يدعى الصـورية هو الذي يتحمل عبء اقامة الدليل عليها[1].

وإذا فـشل مـدعى الصـورية فى الاثبـات، وفق ما سـبق، فـلا يبـقى له -بديلا عن الكتابة- الا أن يوجـه للمدعى عليه اليمين الحـاسمة، أو أن يطلب استجوابه توسـلا إلى ما يمكن أن يُثبتَ به إدعاءه. وفى شأن الاسـتجواب فان الامر منوط بتقدير المحكمة، التى قد ترى الامر بالاستجواب، وقد لا تلجأ اليه مقدرة أن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقـديتها (مادة ١٠٥ وما بعدها من قانون الاثبات).

وتسرى الاحكام والمبادئ السابقة أيضا **على الخلف العام للمتعاقدين.**

---

(١) نقض ٢٠ مارس سنة ١٩٨٣ طعن ١٥٧٧ س ٤٩ق، قضـاء النقض فى المواد المدنية، الجزء الثانى، المجلد الأول- ٥٩.

فالوراث يتقيد، فى الاثبات، بما يتقيد به مورثه، سواء من حيث وجوب الدليل الكتابى، أو من حيث الحالات المستثناة من هذا الدليل.

إستثناء يجوز فيه للمتعاقدين وللخلف العام الاثبات بجميع طرق الإثبات:

٢١٠- يستثنى، من مبدأ التقيد بورقة الضد، حالة ما **إذا كانت الصورية تخفى تحايلا على قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام**. فاذا إدعى أحد المتعاقدين، أو إدعى الوارث، أن العقد الصورى هو غش نحو هذه القواعد جاز له أن يقيم الدليل على ذلك بكافة الطرق، رغم ثبوت العقد الصورى بالكتابة.

بالنسبة للمتعاقدين: إذا إدعى أحد المتعاقدين أن صورية العقد المكتوب قد اتخذت ستاراً للتحايل على القانون، جاز له أن يثبت ذلك بكافة الطرق. ومن هذا القبيل الإدعاء بأن مبلغ القرض الثابت في العقد أكبر من الحقيقة، وأن الفرق هو فوائد ربوية مخالفة للقانون، أو أن المشترى هو من عمال القضاء الذين يحظر عليهم شراء الحق موضوع التعاقد بالمخالفة للمادة ٤٣١ من القانون المدنى، أو أن باعث الهبة هو باعث مخالف للآداب العامة، أو أن الثمن الصورى قصد به التحايل على رسوم التسجيل، أو أن التاريخ قد قُدِّمَ لاخراج التصرف من دائرة ما بعد توقيع الحجر على المحجور عليه... وهكذا. ويبرر البعض إجازة حرية الاثبات للمتعاقد، فى مثل هذه الفروض، بأن التصرف بنى على الغش نحو القانون، والغش يفسد التصرفات[٢]. ويضيف البعض الآخر[٢] أن الفروض المذكورة يلازمها مانع من الحصول على ورقة الضد، لأن المتعاقد الذى تم التحايل لمصلحته لن يقبل أن يعطى الطرف الآخر، أو لخلفه العام، ورقة ضد تكشف هذا التحايل. ويرتب هذا

---

(١) راجع: أحمد نشأت، السابق، ط٧، رقم ٤١٤ مكرر.

(٢) راجع: إسماعيل غانم، السابق، رقم ٨٨.

الرأى على هذا التعليل، أن التحايل إذا كان لمصلحة الطرفين معا، واستهدف الاضرار بالغير ممن ليس طرفا فى التصرف، أو خلفا عام لاحد طرفيه، فلا يجوز لطرفى العقد الصورى إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة». ذلك أنه لم يكن هناك ما يمنع المتعاقد من الحصول على ورقة ضد، فليس هناك ما يخشاه من ذلك ما دام أن التحايل قد قصد به مصلحتهما معا. «وعلى ذلك فإذا طالب البائع، أو خلفه العام، المشترى بدفع ثمن أكبر من الثمن المذكور فى العقد بدعوى أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقى، وان اظهار البيع بثمن أقل كان يقصد به انقاص رسوم التسجيل. فلا يجوز اثبات حقيقة الثمن إلا بالكتابة، إذ انه بالنسبة للمتعاقدين لم يكن هناك مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد. وكذلك الحال لو إدعى المشترى، أو خلفه العام، أنه ليس ملزما بدفع الثمن المذكور فى العقد على أساس أنه قد ذكر فيه ثمن أكبر من الثمن المتفق عليه في الحقيقة بقصد منع الشفيع من طلب الشفعة، فقد كان فى استطاعة المشترى أن يحصل على ورقة ضد تثبت حقيقة الثمن»[1]. وقد اخذت محكمة النقض المصرية، بالتعليل السابق، وما بنى عليه من نتيجة، فى شأن الاثبات، حيث قضى بأن «من المقرر طبقا لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدنى، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- انه إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى، والعبرة بينهما بهذا العقد وحده، وأى من الطرفين يريد أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر يجب عليه أن يثبت وجوده وفقا للقواعد العامة فى الإثبات التى توجب الاثبات بالكتابة إذا جاوزت قيمة التصرف عشرين جنيها (خمسمائة جنيه فى قانون **الإثبات حاليا**)، وفيما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى ولو لم تزد القيمة

---

(١) إسماعيل غانم، السابق.

على «عشرين جنيها»[١]، **ما لم يكن هناك غش أو احتيال على القانون فيجوز** في هذه الحالة الإثبات بجميع الطرق **بشرط أن يكون الغش أو التحايل لمصلحة أحد المتعاقدين ضد مصلحة الطرف الآخر، أما إذا تم التحايل على القانون دون أن يكون هذا التحايل ضد مصلحة أحد المتعاقدين فلا يجوز لأى منهما أن يثبت العقد الحقيقى إلا وفقا للقواعد العامة فى الإثبات السالف الإشارة اليها».**

ونعتقد، من جانبنا، أن من الصحيح فعلا أن الصورية إذا كانت ضد مصلحة الغير وكانت فى مصلحة طرفيها[٢]، أو فى مصلحة إحدهما بموافقة الآخر، فإن إثباتها لابد أن يخضع للقواعد العامة فى الاثبات، وضرورة وجود ورقة الضد، لأن أمر الصورية، فى هذه الحالة، هو أمر رضائى لا يخرج عن

---

(١) خمسمائة جنيه حاليا فى قانون الاثبات.

(٢) نقض ١٤ مايو سنة ١٩٨١، مجموعة أحكام النقض، س٣٢- ١٤٧٠. ويلاحظ أن هناك تطبيقات كثيرة للصورية التى يفرضها أحد المتعاقدين ضد مصلحة الطرف الآخر بالمخالفة للقانون ومن ذلك ما كان يحدث فى ظل قوانين إيجار الاماكن من ابرام عقود الايجار على أنها مفروشه صوريا بقصد اخضاعها للقانون المدنى، أو ابرام عقد ايجار لمبنى قائم على اساس أنه أرض فضاء لذات السبب السالف ذكره... الخ: وراجع وقارن بالرأى المعروض فى المتن رأى الاستاذ الدكتور سليمان مرقص، رقم ١٨٨ فى الهامش حيث يشير إلى أنه لا يقر الرأى المذكور لا من حيث مقدمته العملية ولا من حيث نتيجته، ذلك ان كون الاحتيال على القانون حاصلا لمصلحة الطرفين اضرارا بشخص من الغير لا ينتفى معه حتما المانع من الحصول على الكتابة بين العاقدين. لان حرصهما على تحقيق الغرض المقصود من الاحتيال على القانون يمنع من يهمه منها تحقق هذا الغرض من إعطاء الطرف الاخر كتابة تثبت هذا الاحتيال، ولان المجتمع فى حاجة إلى تسهيل كشف الاحتيال الذى يتم لمصلحة أحد الطرفين ضد الآخر، إذ أن احتمال انكشاف الاول اضعف من احتمال انكشاف الثانى، فلا يصح أن يزاد ضعف هذا الاحتمال بالتضييق فى كشفه وباشتراط الكتابة» فى حين أنه يكتفى بالبينة فى اثبات الثانى (فى هذا المعنى: نقض ١٨ ابريل سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد -١-٢٥٢) **هذا مع ملاحظة أن الاحتيال على القانون الذى تعتبره سببا قائما بذاته يجيز الاثبات بالبينة فيما تجب فيه الكتابه هو الاحتيال على القواعد المتعلقة بالنظام العام.**

منطق شريعة العقد بين طرفين. غيـر أن ذلك مشروط بالا تخفى الصورية أمرا مخالفـا للنظام العام أو الاداب العامة، أو تحايلا على القـانون. ففى هذه الحالة الأخيـرة يجوز لأى منهـما أن يقـيم الدليل على حقـيقـة العلاقة بكـافة طرق الاثبات.

بالنسبة للوارث: فهـو لا يعد، من حيث المبدأ، من الغـير- كما سبقت الإشارة- ويتقيـد بالتالى بما يتقيد به مورثه فى شأن قـواعد الاثبات، من حيث مبدأ وجوب الدليل الكتابى وورقة الضد، ومن حيث تجويز الاثبات بالبينة فى الحالات الاستثنائية. **ومع ذلك فهناك حالات يستقل فيهـا مركز الوارث عن مركز مورثه،** ولا يتقيد فـيها هذا الوارث بقيود قواعد الاثـبات التى كان يلتزم بها مورثه. بمعنى أن مـركزه ينتقل من الالتزام بقواعد أدلة الاثبـات المقيدة إلى منطقـة الاثبات الحـر، بكافـة الطرق. وتتـمثل هذه الحـالات **فيمـا يصدر عن المورث من تصرفات صـورية يقصد بها الاضرار بالوارث، تحـايلا على قواعد الميراث.** ففى هـذه الحالات لا يستـمد الوارث حـقه فى الطعن عن مـورثه بل يستمده مـن نصوص القانون مباشرة، والتى تحـميه ضد التصرفات التـحايلية لهذا المورث.

وقـد انتـهج القـانون المدنى فى هذا الصـدد نهـجين مـحددين حـمـاية للوارث المضرور من تصـرفات مورثه الـتحايليـة، ونعرض لهمـا فى الحالتين الآتيتين. وتلحق بها حالة ثالثة يتزاحم فيهـا الوارث باعتباره مشتريا من مورثه مع مشتر آخر لذات المبيع من ذات البائع.

٢١١- **الحـالة الاولى: هى مـا تبنـاه المشـرع فى المادة ٩١٦ مـدنى** من افتـراض الصورية عندمـا يصدر تصرف من المورث، بقـصد التـبرع، وهو في **مرض الموت**، سواء أكان التـصرف إلى وارث أو إلى غير وراث. فـقد نصت

هذه المادة على أن «١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية، أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف». «٢- وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم **وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق**. ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن له تاريخ ثابت». «٣- وإذا اثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر لـه التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه».

- وبذلك يكون المشرع قد اتخذ من قصد التبرع، ثم صدور التصرف فى مرض الموت (وعلى الورثة اثبات هذا المرض وصدور التصرف اثناءه) قرينه على الصورية واعتبر التصرف بالتالى، وصية (ولا تنفذ بالتالى إلا فى حدود الثلث). وبذلك يكون المشرع قد **حَمَّلَ الوارث إثبات مرض الموت، وإعفاءه من إثبات الصورية، كما اعفاه من إثبات صورية التاريخ**[1]، حيث لا يحتج به ما لم يكن ثابتا. ثم القى بعبء إثبات إنتفاء الصورية المفترضة على عاتق المتصرف اليه.

٢١٢- **الحالة الثانية: هو ما تبناه المشرع فى المادة ٩١٧ مدنى**، عندما يكون **تصرف المورث إلى أحد ورثته مع الاحتفاظ، بأية طريقة كانت، «بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته**. حيث إعتبر

---

(١) راجع: عصام أنور سليم، اعتبار الوارث من الغير استثناءً، منشأة المعارض، ص ١٠١ وما بعدها، وعرض مفصل للخلاف حول هذا الموضوع.

التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية، ما لم يقيم دليل يخالف ذلك». ومن هذا النص اتخذ المشرع من احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها إلى أحد الورثة واحتفاظه أيضا بالانتفاع بها مدى حياته، قرينتين على أن التصرف فى حقيقته وصية مستترة. وإن كان قد اجاز للمتصرف إليه أن يثبت العكس.

- وقد قضى تطبيقا للمبادئ السابقة بأن «الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه، وان كان فى ظاهره بيعا منجزًا، إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث، أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية، لأنه فى هاتين الصورتين **يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الارث التى تعتبر من النظام العام**، أما إذا **كان مبنى الطعن فى العقد انه صورى صورية مطلقة** وأن علة تلك الصورية ليست الاحتيال على قواعد الإرث، فإن الوارث في الطعن فى التصرف، فى هذه الحالة، يستمده من مورثه لا من القانون، ومن ثم لا يجوز له اثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات».

٢١٣- الحالة الثالثة : اعتبار الوارث، المشترى من مورثه، من الغير فى أحكام الصورية فى مواجهة المشترى الآخر لذات المبيع من نفس المورث:

قد يحدث أن يتصرف المورث، فى عين معينة، بالبيع لأحد ورثته، ثم يقوم فى ذات الوقت ببيع ذات العين إلى مشتر آخر. فإذا إدعى الوراث (المشترى) صورية عقد البيع الثانى الصادر للغير، فهل يتقيد بما يتقيد به مورثه

فى شأن الاثبات (ورقة الضد)، أم أنه يجوز له أن يقيم الدليل على الصورية بكافة الطرق بإعتباره- فى هذه الخصوصية- من الغير؟.

قضت محكمة النقض باعتبار الوارث المشترى من الغير عند طعنه بالصورية فى عقد البيع الثانى الصادر من المورث عن ذات المبيع، واجازت له بالتالى اثبات الصورية بجميع طرق الاثبات[1]، وذلك أنه يَمْـثُلُ، فى هذا الطعن بصورية البيع الصادر للمشترى الاخر، باعتباره مشتريا وليس باعتباره وارثا.

---

(١) فقد قضت فى الطعن رقم ٤٤٤٦ س ٦٥ق فى ١٦/ ٥/ ١٩٩٦ (مجلة القضاة السنة التاسعة والعشرون- العدد الأول- ص ٣٨٧) انه «لما كان الثابت من الاوراق أن الطاعن كان قد اعتصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس البائع إلى المطعون ضدها الأولى، فانه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند إدعائه صوريته اثبات هذه الصورية بجميع طرق الاثبات، لما هو مقرر- فى قضاء هذه المحكمة- ان للمشترى، ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر، الذي سجل عقده، صورية مطلقه ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود، إذ انه بصفته **دائنا للبائع** فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر اليه، يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لازالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق اثر عقده، ويصبح له بهذه الصفة- وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى- ان يثبت صورية العقد الذى اضر به بطرق الاثبات كافة بإعتباره من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر عن نفس البائع إلى مشتر آخر. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن اجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق باعتبار انه وارث للبائع لا يجوز له اثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الاولى بذلك، ودون الإعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع، بما يتيح له، بهذه الصفة، اثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه، وراجع: نقض ٢٦ يونيو سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام النقض س ٢٤-٢-٩٦٧ و ٧ يونيو سنة ١٩٨٤س ٣٥-٣-١٥٦٤ و ٧ فبراير سنة ١٩٩٠س ٤١-١-٤٧١ و ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٣ طعن رقم ٢٤ و ٢٤٣٨س ٥٩ ق و ٦ ابريل سنة ١٩٩٥ طعن رقم ٤١٠٤س ٦٠ ق : مجلة القضاة، السابق.

المبحث الثانـى

أحكام الصورية بالنسبة للغير

الغير وإثبات الصورية :

٢١٤- نصت المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أنه «١- إذا أُبـرم عقد صـورى فلدائنى المتعـاقـدين وللخلف الخاص، مـتى كـانوا حسنى النيـة، أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر، ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم».

والغيـر فى الصورية هو مَنْ يحـتج عليه بالتـصرف.. ولذلك يجب أن نلاحظ أن من لا يحـتج عليـه بالتـصـرف لا يعـد غيـراً في مـعنى الصـورية. وبالتالى ففى هذا المقام (مقام الصورية) **يتعين أن نحدد مـا هو التصرف الذى يحتج به علـيه وهل هو التصـرف الظاهر أم التصرف المستتـر. ومن لا يحتج عليه بأى من هذين التصرفين لا يعد غـيرا فى معنى الصورية، وليس له الطعن بها، إذ أن أى من التصرفين لا يحتج عليه به، ولا شأن له به بالتالى.**

لذلك كـان منطقيـا أن تحدد المادة ٢٤٤ مـن القانون المدنى في فـقرتهـا الأولي الغير الذين لهم أن يتـمسكو بالعقد الصورى، أو أن يتمـسكوا بالعقد الحقيقى، بأنهم «**دائنوا المتعاقدين والخلف الخاص**».

وقد اضافت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسـك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين».

ونعرض فيما يلى لطائفة الغيـر فى الصورية، ثم لكيفية فض ما قد يقع من تعارض بين مصالحهم.

أولا - طائفة الغير :

١ - الخلف الخاص :

٢١٥- يعتبر من الغير، فى مقام الصورية، كل من تلقى **من أحد المتعاقدين حقا على الشئ محل التصرف الصورى**. وأخص هذه الطائفة وأكثرها فى العمل هو المشترى، سواء كان هذا المشترى خلفا خاصا للبائع أو خلفا خاصا للمشترى.

ومن هذا القبيل أن يقوم شخص ببيع عقار مملوك له بيعا صوريا لشخص معين **ثم يقوم ذات هذا البائع ببيع ذات العقار لشخص آخر بيعا حقيقيا**. وكذلك الحال لو أن المشترى فى العقد الصورى قام ببيع ذات العقار لشخص آخر بيعا حقيقيا. ففى هذين الفرضين يكون من حق الخلف الخاص الذى إكتسب حقه على العقار بموجب التعاقد الجاد أن يتمسك بالعقد الظاهر (الصورى) الأول حتى يستقر له الحق الذى آل اليه بموجب العقد الجاد الاخير، وذلك باعتباره من طائفة الغير التى يجوز لها التمسك بالعقد الظاهر.

- **وعلى العكس** مما سبق، يجوز لمن اشترى بعقد حقيقى أن يثبت صورية عقد بيع تال صادر **من ذات البائع** إلى مشترى آخر، حتى يتمكن من التخلص من مزاحمة المشترى الصورى له فى حقوقه عن ذات المبيع.

- يستوى فى الاحكام السابقة أن يكون حق الخلف الخاص قد نشأ تاليا أو سابقا على التصرف الصورى. كما يستوى أن يكون محل التصرف الصورى عينا أو دينا[1]. كما يستوى أن يكون الخلف الخاص مشتريا، أو موهوبا له، أو محالا له بالدين، أو دائنا مرتهنا لم يسارع إلى قيد رهنه قبل

---

(١) السنهورى، رقم ٦٢١.

التصرف الصورى، أو سبق إلى القيد ولكن من مصلحته الا يتحمل إجراءات تتبع العقار تحت يد المشترى.

٢ - الدائن العادى:

٢١٦- **يعتبر من الغير**، فى الصورية، بصريح نص المادة ٢٣٤ من القانون المدنى، «**الدائنون العاديون لكل من طرفى العقد**»، ويكفى توافر صفة الدائن، أى يكفى أن يكون حق الدائن محقق الوجود خال من النزاع، سواء كان مستحق الاداء أم غير مستحق الاداء. كما يستوى أن يكون حق الدائن سابقا أو لاحقا على التصرف المطعون عليه بالصورية. ولا شك فى مصلحة الدائن فى الطعن على تصرفات مدينه بالصورية، إذ أنه يعتمد فى استيفاء حقه على ما فى ذمة مدينه من أموال تمثل ضمانه العام، أى على ما ظهر له من ملاءة هذا المدين ويساره المالى، مما ظهر من ممتلكاته وسعته المالية. وتطبيقا لذلك يجوز للدائن أن يطعن فى البيع الصادر من مدينه بالصورية توصلا إلى إبقاء المال المتصرف فيه فى ذمة المدين، جزءاً من ضمانه العام. وفى المقابل يجوز لدائنى المشترى أن يتمسكوا بالعقد الظاهر توصلا إلى نقل ملكية المال المبيع إلى ذمة المشترى إثراءً لضمانه العام أيضا.

٣ - هل يعتبر من الغير فى الصورية كل صاحب مصلحة فى الطعن بها؟:

٢١٧- أثيرت هذه المسألة فى اطار مشكلة خاصة أولا ثم فى اطار تساؤل عام ثانيا.

أما **المشكلة الخاصة فهى مشكلة الشفيع** وهل يعتبر غيراً في معنى الصورية بحيث يستطيع أن يتمسك بالعقد الظاهر، أو يتمسك بالعقد المستتر وأن يثبت بكافة طرق الاثبات هذا العقد، حسب ما تقتضيه مصلحته؟.

يذهب رأى إلى أنه لا يعتبر غيرا من كسب حقه على العين محل التصرف الصورى بموجب هذا التصرف الصورى ذاته، فلو إشترى شخص داراً من اخر بعقد ذكر فيه ثمناً أقل من الثمن الحقيقى للتخفيف من رسوم التسجيل مثلا، فان الشفيع فى هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور فى العقد للاخذ بالشفعة، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقى إذ أثبت أى من البائع أو المشترى حقيقة هذا الثمن، ذلك أن الشفيع إنما كسب حقه بالشفعة. والشفعة سبب يدخل فى ذات البيع الذى ذُكِرَ فيه الثمن الصورى[1]. وبذات هذا المنطق ليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى البيع الصورى ولا فى البيع الساتر له، ولا فى أى بيع يستر عقدا لا يجيز الأخذ بالشفعة»[2].

- **أما الرأى الثانى وهو الذى أخذت به محكمة النقض المصرية فيعتبر الشفيع من طائفة الغير فى مواجهة طرفى عقد البيع المشفوع فيه،** ويجوز له بالتالى **أن يتمسك بالعقد الظاهر** إذا كانت مصلحته فى ذلك وكان حسن النية (كما لو كان الثمن المذكور أقل من الثمن الحقيقى). **كما أن له أن يمسك بالعقد المستتر،** (كما لو كان الثمن المذكور أكثر من الحقيقة)، وأن يقيم الدليل على هذه الحقيقة[3]. وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض أن للشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج

(١) السنهورى، السابق، وراجع: عبد الفتاح عبد الباقى، رقم ٢٣٧، الصفحة رقم ٣٠٦.

(٢) السنهورى، السابق، فى الهامش.

(٣) راجع المستشار/ عزت حنورة، نظرية الشفعة، ١٩٨٧، رقم ٧٤.

عليه بالعقد المستتر، إلا أن **شرط ذلك أن يكون حسن النية**، أى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة[١].

ويتأيد هذا الرأى الثانى بإعتبارين هامين:

الإعتبار الأول: أن المادة ٢٤٤ من القانون المدنى حين ذكرت طائفتين من الغير فى الصورية هما طائفة الخلف الخاص ودائنوا المتعاقدين- متى كانوا حسنى النية- إنما أكدت على أحقية هؤلاء فى التمسك بالعقد الظاهر متى كانت له مصلحة فى ذلك، إذ قد تتعرض حقوقهم التى بنيت على أساس وجود التصرف الظاهر للخطر اذا ما أخذنا بالعقد المستتر. غير أن ذلك لا يعنى أنه ليس لغير هؤلاء من طائفة الاغيار أن يتمسك أيضا بالعقد الظاهر إذا كانت له مصلحة فى هذا التمسك. وبالتالى فان طائفة الغير تشمل كل من يحتج عليه أو يتأثر مركزه القانونى بالتصرف الظاهر، ومن هذا القبيل المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان عقد الاشتراط صوريا، وكذلك المدين بدين متنازع فيه فى حالة صورية الحوالة.

الإعتبار الثانى: انه ليس مقبولا على إطلاقة القول أن منطق الغيرية فى الصورية تقتضى أن يستبعد من طائفة الغير من كسب حقه على العين محل التصرف الصورى بموجب هذا التصرف ذاته. إذ يجب أن يكون الاساس فى تحديد معنى الغير، الذى يجوز له التمسك بالتصرف الظاهر، هو مبدأ الاستقرار فى التعامل. فالشروط التى يحتمها هذا المبدأ هى وحدها الشروط الواجبة، أما ما لا يحتمه هذا المبدأ فلا يكون شرطا واجبا ولو لاحظنا توافره

---

(١) راجع: نقض ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة احكام النقض س ٣-١٠٦٣، و ٣٠ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض، س ١٦- ١٣٨٤، و ١٣ ديسمبر سنة ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض س ٣٠- ٢٦١، المستشار عزت حنوره، السابق، عبد المنعم البدراوى، أحكام الالتزام رقم ١٥٦، محمد على عمران، أحكام الالتزام، ص ١٢٨.

فى بعض من يجوز لهم التمسك بالتصرف الظاهر. وليس فى هذا المبدأ ما يقتضى أن يستبعد من طائفة الغير من اكتسب حقه بموجب التصرف الصورى، بل على العكس أن المصلحة فى التمسك بالعقد الصورى إنما تتحقق إذا كان الشخص قد إكتسب حقا على اساس قيام العقد الظاهر، بحيث يتعرض هذا الحق للخطر لو أجيز التمسك ضده بالعقد الحقيقى وبصورية العقد الظاهر. ويصدق هذا القول على الخلف الخاص وعلى الدائن، كما يصدق على المدين بالنسبة للحوالة الصورية، وعلى المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير.. فكل من هؤلاء قد اكتسب حقه بموجب التصرف الصورى.. والشفيع يستمد حقه من واقعة مركبة يدخل فى تركيبها البيع.. ومثله فى ذلك المدين بدين متنازع فيه إذا حول الدائن حقه حوالة صورية فعرض المدين الثمن وملحقاته للتخلص من الدين طبقا للمادة ٤٦٩. ودائن المشترى يستمد حقه على العين بدخول هذه العين فى ضمانه العام بموجب عقد الشراء ذاته[١].

وخلاصة القول أن الغير يشمل الخلف الخاص وكذلك دائنى أى من المتعاقدين كما يشمل كل صاحب **مصلحة قانونية** يحتج عليه بالعقد الظاهر أو بالعقد الحقيقى بما يتعارض مع مصلحته القانونية.

٢١٨- غير أننا **نتحفظ على مطلق هذا القول الاخير** بتحفظين أساسيين:-

التحفظ الأول: يتعلق بالشفعة، فالشفيع يعتبر غيرا فيما يتعارض مع مصالحه من حيث الاحتجاج عليه بالعقد الصورى، وله أن يتمسك بالعقد الظاهر، أو بالعقد الحقيقى (إذا أقام عليه الدليل) وفق مصلحته.

---

(١) إسماعيل غانم، رقم ٣٨ فى الهامش.

غير أننا نقيد مركزه كغير فيما قُصِدَ به الاضرار بمصلحته كشفيع، أو ما قصد به مخالفة النظام العام والتقت به مصلحته الشخصية. ومفاد ذلك أنه يعتبر غيرا فى مواجهة الصورية النسبية التى تتعلق بالثمن وله أن يتمسك فى هذا الشأن بالعقد الظاهر، أو أن يتمسك بالعقد المستتر حسب مصلحته. كما يعتبر غيرا بالنسبة للصورية المتعلقة بوصف العقد إذا كان الهدف من الوصف هو منع الشفعة، كما لو كانت حقيقة العقد بيعا وُضِعَ فى صيغة هبة، أو كان التصرف بيعا تاليا تضمن صورية مانعة من الشفعة، سواء بالتصرف لمن لا تجوز الشفعة فى مواجهتهم، أو بالتصرف بتجزئة العقار المبيع بما يعرقل الأخذ بالشفعة... الخ.

- **أما إذا كانت الصورية لا تتصل بمصالح الشفيع، ولا بالمصلحة العامة، ولا تتعارض معها،** فاننى لا أرى وجها لاعتبار الشفيع غيرا يجوز له التمسك بالعقد الظاهر. بل يجب فى هذه الحالة أن يفتح الباب أمام البائع والمشترى لاثبات العقد الحقيقى الذى يحول دون الشفعة. ومن هذه الحالات مثلا أن **يكون البيع ساتر هبة. ففى مثل هذا الفرض لا يوجد بيع يسمح بطلب الشفعة. ولا يستساغ القول أن للشفيع- بوصفه غيرا- أن يتمسك بعقد البيع الظاهر رغم وجود دليل قطعى على عدم وجوده.**

- غير أننا رغم هذا التحديد الذى سقناه سلفا لابد أن ننبه إلى أن **لمحكمة النقض مذهبا مخالفا،** إذ تذهب إلى تجويز الشفعة فى البيع الصورى والبيع الساتر لهبة، وتعطى للشفيع الحق فى التمسك بالعقد الظاهر[1].

---

(١) مثلا: نقض ١٥ مايو سنة ١٩٥١، سبقت الإشارة إليه، و ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض، س ٥- ٦٣٥.

التحفظ الثاني: يتعلق باطلاق القول بأن لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالصورية، ذلك أن هذا الاطلاق لابد أن يتحدد بأن **صاحب المصلحة فى التمسك بالصورية هو صاحب المصلحة القانونية**، وليس مجرد صاحب المصلحة المادية أو الاقتصادية. بمعنى أنه يجب أن يكون الطاعن فى مركز قانونى محدد يربطه بأحد طرفى العقد المطعون عليه (بأن يكون قد تلقى حقا من أحدهما) أو فى مركز قانونى يتعلق بالشئ موضوع التصرف، كأن يكون شفيعا، أو أن يكون دائنا (تتمثل مصلحته القانونية فى الضمان العام، أو أن يكون مالكا للشئ بالتقادم المكسب). أما من تنقطع صفته القانونية المشروعة بطرفى التعاقد، وكذلك بالشئ موضوع التعامل، فلا يجوز له الطعن بالصورية، ولو كانت له مجرد مصلحة اقتصادية. **ومن هذا القبيل المشترى من غير المالك ويطعن فى تصرفات المالك ومن تلقى عنه الملكية. فهذا المشترى لا صفة له ولا مصلحة قانونية فى الطعن بالصورية إذ لا يحتج عليه لا بالعقد الظاهر ولا بالعقد الحقيقى، وليس صاحب مركز قانونى محدد ومشروع لا بالنسبة للشئ ولا بالنسبة لاطراف التعامل الشرعيين**[1].

---

(١) حرصنا على ذكر هذا التحديد درءً لشبهة قد يثيرها مثال جاء من مؤلف السنهورى وكذلك فى مؤلف اسماعيل غانم، (السنهورى رقم ٦٢١ خاص الهوامش، إسماعيل غانم، رقم ٩٠)، يقررا فيه أنه يعتبر غيرا من يشترى عقاراً من شخص معين بالنسبة للعقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع اخر لمشترى اخر، والمثال بحالته لا شأن له بالصورية إنما يتعلق ببيع ملك الغير بالضرورة، وبالتالى لا يصح أن يتخذ هذا المثال مجرداً للتدليل على مطلق القول بأن لكل صاحب مصلحة أن يطعن بالصورية، واشار الاستاذان الكبيران إلى حكم قديم فى هذا الخصوص. نقض ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ منشور فى مجموعة عمر جزء ٥، ص ٣٨٢. وبالرجوع إلى هذا الحكم تبين أن الطاعن كان يدعى الملكية بوضع اليد، وبهذا التحديد يستقيم المثال فى إطار المصلحة القانونية، أما التعميم وبغير هذا التحديد فانه يؤدى إلى خلط غير مقبول. ومن المقرر أن أحكام القانون المدنى فى شأن بيع ملك الغير لا شأن لها من قريب أو بعيد بأحكام الصورية.

ثانيا- تعارض مصالح الاغيار بين التمسك بالعقد الظاهر والعقد المستتر:

١ - للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية:

٢١٩- أشرنا سلفا إلى أن العبرة فيما بين المتعاقدين وخلفهما العام- هى بحقيقة العلاقة المستترة، أما «الغير» فهم ليسوا طرفا فى العقد، وليسوا من خلفاء أحد الاطراف، وبالتالى الفرض أنهم لا يعلمون بالعقد المستتر، ومن ثم لا يحاجون إلا بالعقد الظاهر، ولهم بالتالى حق التمسك به دون غيره. فلا أثر للعقد المستتر فى مواجهتهم.

غير أن **تمسك الغير بالعقد الظاهر مشروط بحسن النية، أى بعدم العلم بصورية هذا العقد.** أما إذا كان الغير سيئ النية، بمعنى العلم المشار اليه.. فانه يحاج بالعقد الحقيقى ويحرم من ميزة التمسك بالعقد الظاهر. وقد اشارت المادة ٢٤٤ مدنى لهذا الشرط عندما عرضت للخلف الخاص وللدائن حيث اضافت: «...**متى كانوا حسن النية**». وهو شرط ينطبق على أى شخص يتوافر له وصف الغير ويرغب فى التمسك بالعقد الظاهر. وتعود ضرورة شرط حسن النية إلى أن نظرية الصورية وأحكامها تستهدف فى المقام الأول حماية المعاملات ضمانا لاستقرار التعامل، وهو مفهوم يقتضى فيمن يحتمى به، أن يكون حسن النية لا يعلم بالارادة الحقيقية لاطراف التعامل المطعون عليه بالصورية. والاصل هو افتراض حسن النية، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على سوء النية.

ومن الأمثلة على مصلحة الغير فى التمسك بالعقد الظاهر، مصلحة الشفيع فى التمسك بالثمن المذكور فى هذا العقد إذا كان أقل من الحقيقة. كما أن لدائن المشترى أن يتمسك بعقد البيع رغم الزعم بصوريته..الخ.

غير أن تمسك الغير بالعقد الظاهر مقيد بعدم إشهار ورقة الضد، وذلك أن أطراف العقد الظاهر قد يعمدا إلى تسجيل ورقة الضد. وفى هذه الحالة **يفقد العقد الحقيقى وصف الخفاء، فيه** وبالتالى لا وجه للحديث عن صورية العقد الظاهر منذ اللحظة التى تشهر فيها ورقة الضد. أما قبل تاريخ هذا الشهر فان للغير، الذى تعامل على اساس العقد الظاهر، أن يتمسك به دون العقد الحقيقى.

٢ - للغير أن يتمسك بالعقد المستتر إذا كانت له مصلحة فى ذلك:

٢٢٠- قد تتحقق مصلحة الغير فى التمسك بالعقد المستتر، ومن هذا القبيل دائن البائع، الذى من مصلحته التمسك بصورية عقد البيع توسلا إلى إبقاء العين المبيعة فى ذمة البائع وضمن ضمانه العام. وكذلك الحال بالنسبة للخلف الخاص للبائع والذى كسب حقا على العين وكان البائع قد قام ببيعها صوريا للغير. ففى مثل هذه الحالات يكون للغير، دائنا أو خلفا خاصا أو غيرهما، التمسك بالعقد المستتر، ولهم باعتبارهم من الغير، إقامة الدليل على حقيقة العقد بكافة طرق الإثبات.

٣ - تعارض مصالح الاغيار:

٢٢١- إذا تعارضت مصالح الاغيار فتمسك فريق منهم بالعقد الظاهر وتمسك فريق آخر بالعقد المستتر، كانت الغلبة لمن تمسك بالعقد الظاهر. وهو ما قررته صراحة المادة ٢٤٤ مدنى بقولها «**إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الافضلية للأولين**». وقد جنح المشرع إلى هذا الترجيح عملا على استقرار التعامل وحماية لمن اعتمد فى تعامله على ما ظهر من التعامل للعيان.

ومن قبيل التعارض المشار اليه أن يتمسك دائن المشترى بعقد الشراء الصورى، فى حين يتمسك دائن البائع بالعقد المستتر الذى يفيد عدم البيع وبالتالى عدم خروج المال من ذمة مدينه. وكذلك لو تعارضت مصالح مشتر معين من البائع بعقد صورى مع مصالح مشتر آخر من المشترى الصورى (من البائع اللأول).. حيث يفضل هذا الاخير على الأول، لأن هذا المشترى الاخير اعتمد على العقد الظاهر فى حين أن المشترى الأول اعتمد علي العقد المستتر الذى يعنى عدم خروج المال من ذمة البائع.

الفصل الخامس
الإعســـــار

٢٢٢- يتضح من العرض السابق، والخاص بوسائل حماية الدائنين ضد مخاطر الضمان العام، عن طريق الدعاوى المختلفة، أن تلك الوسائل لا تحقق حماية كاملة نظراً لما يحيط ببعضها من ضوابط وشروط فضلا عن صعوبة إثبات توافر بعض الشروط فى بعض الحالات، كما هو الحال فى إثبات التواطؤ فى الدعوى البوليصية إذا كان التصرف معاوضة. ومن ذلك أيضا أن حصيلة الحكم فى الدعوى غير المباشرة تؤول إلى المدين، وله فى شأنها حرية التصرف سواء بالنزول عن الحق أو الابراء أو الاقرار بسبق الاستيفاء، وهو ما ينطبق أيضا على دعوى الصورية التى تصطدم بصعوبة الإثبات، فضلا عن إحتمال ثبوت جدية التصرف ذاته.

يضاف إلى كل ما سلف أن الدائنين قد يتسابقون فرادى فى التنفيذ على أموال المدين للفوز بإستيفاء الحقوق قبل بعضهم البعض.

- وقد عالج القانون الوضعى (قانون التجارة) أهم الثغرات التى ظهرت عملا من واقع المسالب السابقة، بتنظيمه- **بالنسبة للتجار- نظام الافلاس**. ويؤدى هذا النظام إلى غل يد المدين من التصرف إعتبارا من تاريخ تحدده المحكمة. كتاريخ للتوقف عن الدفع... ثم إجراء تصفية جماعية بواسطة أمين يعين لتفليسه، يمثل جماعة الدائنين والمدين فى آن واحد.

ويؤدى هذا النظام، حال تطبيقه، إلى توقف أى دائن عن الاستيفاء المنفرد لحقوقه قبل غيره من الدائنين (ما لم يكن مزودا بتأمين خاص). كما

تضمن قانون التجارة توقيع عقوبات جنائية على التاجر الذي يعمد إلى إشهار إفلاس نفسه بتقصيره أو غشه[١].

ويستهدف نظام الافلاس، على نحو ما سبق، تحقيق المساواة بين دائنى التاجر المفلس، وحماية حقوقه على نحو منضبط ومتشدد.

٢٢٣- **أما فى إطار علاقات القانون المدنى،** بالنسبة **للمدين غير التاجر،** فقد وضع هذا القانون نظاما مختلفا هو نظام شهر الإعسار (المواد من ٢٤٩ حتى ٢٦٤ مدنى). ويستهدف هذا النظام (شهر الإعسار) ضمان حقوق دائنى المدين المعسر، ولكنه **لا يتضمن نظاما للتصفية الجماعية** (بعكس شهر إفلاس التاجر). كما أن نظام الإعسار المدنى **لا يتضمن نظاما لغل يد المدين عن التصرف فى أمواله.**

- وقد نظم القانونى المدنى الإعسار فى المواد ٢٤٩ وما بعدها، حيث عرضت هذه المواد لشروط الإعسار وإجراءات شهره والآثار المترتبة على ذلك. ويلاحظ إبتداء أن النصوص السالف ذكرها تنظم ما يسمى **الإعسار القانونى،** الذى يتم وفقا للشروط والإجراءات الواردة فى تلك النصوص،

---

(١) كما نظم قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وسيلتين يتفادى بهما التاجر شهر إفلاسه، هما **الصلح الودى** بناء على عقد بينه وبين الدائنين يتحدد فيه قدر الديون التى يلتزم بها ويلتزم فيه الدائنون بعدم شهر افلاسه، وإذا اخل المدين بالوفاء جاز لاى دائن أن يطلب فسخ الصلح، فإذا قضى بالفسخ جاز لأى دائن أن يطلب شهر الإفلاس. والصلح الودى لا يحتاج إلى تدخل المحكمة أو تصديق منها ولكنه يحتاج **إلى موافقة جميع الدائنين.** أما الوسيلة الثانية لتفادى الافلاس **فهو الصلح القضائى،** أى الذى يتم تحت اشراف المحكمة وينعقد إذا وافق عليه **أغلبية الدائنين** الحائزين على ثلثى الديون (م ٧٢٥ وما بعدها من قانون التجارة). **ويقتصر طلبه على المدين أو ورثته.** وتصدق المحكمة المختصة على الصلح بعد استيفاء شروطه، وهى أن يكون المدين **تاجرا، حسن النية واضطربت أحواله،** وبعد تصديق المحكمة يجب على التاجر أن يحترم شروط الصلح، فإذا أخل بها انقضى الصلح بالفسخ، وفى حالة الفسخ لا يجوز للتاجر المدين طلب صلح جديد، **لأن الصلح على الصلح لا يجوز.**

ويرتب الآثار المنصوص عليها فيها. غير أن القانون المدنى يعرف، فى نصوص أخرى منه، ما يسمى **الإعسار الفعلى** (المواد ٢٣٥/ ٢[١] ، ٢٣٧[٢] و ٥٢٨[٣] و ٦٤٤/ جـ[٤] من القانون المدنى).

ويختلف الإعسار **القانونى** عن **الإعسار الفعلى**، فالإعسار الفعلى هو **حالة واقعية تقوم إذا كانت ديون المدين المحققة الوجود تزيد عن حقوقه،** سواء كانت هذه الحقوق مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء.

أما **الإعسار القانونى**، فهو، على عكس ما سلف، حالة قانونية **لا تقوم إلا بموجب حكم قضائى** يتعين **شهره**، ولابد للحكم به من أن **تزيد ديون المدين عن حقوقه، ولابد أن تكون الديون مستحقة الأداء. وعند شهر حكم الإعسار يوصف المدين بأنه فى حالة إعسار قانونى.**

٢٢٤- ومن ناحية أخرى فان من الآثار الهامة والخطيرة ما يترتب على الاعسار القانونى دون الإعسار الفعلى. ومن ذلك أن الإعسار القانونى يترتب عليه سقوط آجال الديون الآجلة (م ٢٥٥/ ١ و ٢٧٣ مدنى). **وعدم سريان تصرفات المدين،** التى تزيد من إلتزاماته أو تنقص من حقوقه، أو أى وفاء يقوم به، فى حق الدائنين، متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار (م ٢٥٧ مدنى). كما يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الواردتين فى المادة ٢٦٠/ أ وب مدنى. وما خولته المادة ٢٥٩ مدنى من إعطاء رئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار سلطة أن يقرر للمدين نفقة من ايراداته التى أوقع الدائنون الحجز

---

(١) فى شأن الدعوى غير المباشرة.
(٢) فى شأن الدعوى البوليصية، أى دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين.
(٣) فى شأن إنقضاء الشركة لإعسار أحد الشركاء.
(٤) فى شأن أحقية المعير فى أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية إذا أعسر المستعير بعد إنعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم المعير.

عليها، بناء على عـريضة يقدمها المدين، وعدم جواز الاحـتجاج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل عـريضة دعوى الإعسار بأى إختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (م ٢٥٦/ ٢ مدنى).

وجمـيع هذه الآثار مقصـورة على الإعسار القـانونى، ولا تترتب على الإعسار الفعلى.

وأخيـرا فإن **الإعسار القانونى** ينتـهى بموجب حكم قـضـائى **إذا قـام المديـن بالوفـاء بديونه**، والتى حلت دون أن يـكون لشـهـر الإعـسـار أثر فى حلولها(م ٢٦١مدنى)[1]. وينتهى الإعـسار فى جميع الاحـوال بمضى خمس سنوات على شـهره (م ٢٦٢مـدنى)، فى حين قد تظل حـالة **الإعسار الفعلى** قائمة إذا كـانت ديون المدين المحققة الوجود أكـثر من حقوقه، ويتـرتب عليها (أى الإعـسار الفـعلى) ما يرتـبه القـانون فى نصوصـه المتـفرقـة التى سبـقت الاشارة إليها (الدعوى غـير المباشرة- الدعوى البوليصيـة- انقضاء الشركة- انهاء عقد العارية).

- ونعـرض فـيـمـا يلى لاحكام **الإعسار القانونى**، من خـلال بسط شروطه ثم اجراءاته، ثم آثاره، وأخيرا إنتهائه.

(١) كما ينتهى الإعسار القـانونى متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله (م٢٦١ مدنى).

المبحث الأول
الاحكام الموضوعية لشهر الإعسار القانونى

طلب شهر الإعسار:

٢٢٥- تنص المادة ٢٥٠ مدنى على أن «يكون شهر الإعسار بحكم تصدره **المحكمة الابتدائية** التى يتبعها موطن المدين بناء **على طلب المدين أو طلب أحد دائنيه**، وتنظر الدعوى على وجه السرعة».

- ويعطى هذا النص للمدين نفسه مكنة طلب شهر إعساره. وقد قدر المشرع فى ذلك أن هذا المدين قد تكون له مصلحة فى شهر إعساره. فقد يتكاثر عليه الدائنون، ويحجزون على إيراداته التى ينفق منها على أموره وأمور معيشته الدارجة، فتكون له مصلحة فى شهر الإعسار بما يؤدى اليه ذلك من مزايا عديدة منها الوصول إلى تصفية ديونه فى مناخ أفضل، حيث يكون للمحكمة أن تنظره إلى أجل فيه ميسرة، وأن تبقى على الآجال القائمة دون سقوط، وأن يتصرف فى أمواله بثمن المثل مع ايداع الثمن خزانة المحكمة، وأن تقرر له **المحكمة** نفقة من ايراداته...الخ. وعندما يطلب المدين نفسه شهر إعساره فانه يكون مدعيا فى الدعوى. وقد يطلب المدين ذلك بدعوى مبتدأة، أى يقيمها ابتداء، وقد يطلب ذلك بدعوى فرعية من خلال الدعوى التى يرفعها أحد دائنيه بطلب الوفاء بدين مستحق فى ذمته.

- وقد يأتى طلب شهر الإعسار من أحد الدائنين، وهو الغالب عملا. وكما سبقت الاشارة لا يشترط أن يكون حق هذا الدائن (المدعى) مستحق الاداء، حيث يجوز الطلب **من أى دائن ولو كان حقه غير مستحق الاداء، ما دامت أموال المدين لا تكفى للوفاء بديونه المستحقة.** وتبدو مصلحة هذا

الدائن (المدعى)، فى هذه الحالة، فى أنه يتوصل من خلال شهر إعسار المدين إلى إسقاط أجل الدين، ويتمكن بالتالى من مشاركة الدائنين الآخرين فى التنفيذ على أموال المدين.

وإذا كان طلب شهر الإعسار مقدما من المدين، فإن ذلك كاف لثبوت إعساره حيث يعتبر طلبه إقرارا منه بهذه الحالة[1].

ومع ذلك يجوز لأى دائن أن يعترض على هذا الطلب وهذا الإقرار، متمسكا بأن أموال المدين تكفى للوفاء بديونه[2]، ومدعيا أن طلب المدين شهر إعساره هو وسيلة منه للتحايل، وانه يقصد من وراء ذلك إلى حلول أجل الديون الآجلة فيلحق بالدائنين اصحاب الديون الحالة ضررا من وراء المزاحمة على أموال المدين التى لا تكفى، مع هذه المزاحمة، للوفاء بكافة هذه الديون.

- **أما إذا كان طلب شهر الإعسار مقدمه من أحد الدائنين**، فان على الدائن عبء اثبات حالة الإعسار، أى اثبات أن أموال هذا المدين لا تكفى للوفاء بما عليه من ديون مستحقة. ويكون للدائن أن يثبت هذه الحالة بكافة طرق الاثبات. ومن القرائن التى يجوز الاستناد إليها، لاثبات ذلك، قرينة توقف المدين عن سداد ديونه المستحقة، رغم مطالبته بها. وفى هذه الحالة ينتقل عبء الاثبات على عاتق المدين ليثبت انه رغم توقفه عن الوفاء بالديون المستحقة إلا أن أمواله تكفى للوفاء بتلك الديون.

سلطة المحكمة التقديرية فى الحكم فى طلب شهر الإعسار:

٢٢٦- كما سبقت الاشارة تختص **المحكمة الابتدائية التى يتبعها**

---

(١) السنهورى، رقم ٦٩٩، سليمان مرقص، رقم ١٩٨.

(٢) السنهورى، رقم ٦٩٩، إسماعيل غانم، رقم ٩٥، سليما مرقص، السابق.

موطن المدين بالنظر فى طلب شهر الإعسار. وقد خول لها المشرع سلطة تقديرية فى النظر فى شهر الاعسار أو رفضه. وقد نصت المادة ٢٥١ مدنى على أن «على المحكمة فى كل حال، قبل أن تشهر إعسار المدين، أن تراعى فى تقديرها جميع الظروف التى أحاطت به، سواء أكانت هذه الظروف عامة أو خاصة. فتنظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الاسباب التى أدت إلى إعساره، **ومصالح دائنيه المشروعة**، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية[1]».

ويضع هذا النص مؤشرات لتوازن معقول بين مصالح المدين ومصالح دائنيه، ويوجه القاضى الى تقديرها جميعا تقديرا عادلا على جانبى الطرفين. فمع مراعاة مصالح الدائنين المشروعة على المحكمة أن تقدر وتُقَيِّمَ ما أحاط بالمدين نفسه سواء من ظروف عامة، كحالة حرب أو كارثة طبيعية، أوظروف خاصة ينتفى معها معنى التقصير أو الاهمال كمرض أقعده عن العمل مدة طويلة. كما تقدر المحكمة آفاق نجاحه المؤهلة مستقبلا وفقا لعناصر حقيقية وواقعية... الخ.

– وإذا ما قدرت المحكمة كل تلك العوامل، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالة المدين المالية»، ورأت فيها أن الاعسار حالة عارضة مصيرها إلى الزوال، فان لها أن ترفض شهر الإعسار، خاصة إذا كان هذا الرفض لا

(١) راجع: نقض ٢٨/ ٥/ ٢٠٠٠ الطعن رقم ٣٥٦٣س ٦٩ق: حيث قضى بأن إعسار المدين حالة قانونية تستفاد من عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه، وانها تقوم على أمر واقع، إدعاء الدائن إعسار مدينه، وجوب إقامة الدليل عليه. عدم جواز تكليف المدين باثبات أن يساره يغطى الدين.

يلحق بالدائنين ضررا كبيرا. وإذا تبينت المحكمة عكس ما سلف، حكمت بشهر الإعسار[١].

ويلاحظ أخيرا أن قصر طلب شهر الإعسار على المدين أو دائنيه يعنى أنه لا يجوز، على عكس الافلاس، فى قانون التجارة، طلبه من النيابة العامة، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

---

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن «للقاضى سلطة رحبة الحدود، تتيح له تقدير جميع ظروف المدين، وأخذه بالشدة أو اصطناع الرفق فى معاملته، وفقا لاحواله العامة والخاصة. وقد يكون فى الأحوال العامة ما ينهض لمصلحة المدين، كما لو عرضت له عسرة موقوته فى خلال أزمة اقتصادية شاملة... ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الاوفى فى توجيه الحكم على مركزه، فمن ذلك كفايته الشخصية، وسنه، وحرفته، ومركزه الاجتماعى، ومصالح دائنيه المشروعة، مدى مسئوليته عن إعساره، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المادية (مجموعة الاعمال التحضيرية -٢- ص ٦٦٢-ص ٦٦٣).

المبحث الثانى
الاحكام الإجرائية لشهر الإعسار

تتمثل إجراءات شهر الإفلاس فى الاحكام الآتية:

١ - المحكمة المختصة تنظر فى الدعوى على وجه السرعة:

٢٢٧- نصت المادة ٢٥٠ مدنى على أن «يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين، بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة».

وقد أشرنا سلفا إلى الاختصاص بطلب شهر الإعسار، وإلى أن المحكمة المختصة هى المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها موطن المدين. ومفاد هذا التحديد الاخير، أنه لا اختصاص، فى أى حال من الاحوال، **للمحكمة الجزئية** بنظر هذا الطلب. أما أن تنظر المحكمة الطلب **على وجه السرعة**، فانه يعنى حث المحكمة على أن تبت فى الطلب فى أقرب وقت ممكن. ولا يوجد فى قانون المرافعات تحديد منضبط للفصل فى الدعاوى على وجه السرعة. وهذا التوصيف لا يعنى أكثر من أن على المحكمة أن تراعى سرعة الفصل فى الدعوى، بألا تستجيب فى نظرها للمماطلة أو التسويف أو التأجيل لمرات عديدة الا عند الضرورة فحسب.

٢ - ميعاد الطعن فى الحكم الصادر بشهر الإعسار:

٢٢٨- حدد المشرع فى المادة ٢٥٢ مدنى طريقتين للطعن فى الحكم الصادر بشهر الإعسار. **الطريق الأول: هو طريق المعارضة**. وهى جائزة عندما يصدر الحكم غيابيا. ومدة المعارضة، بالنسبة للمدين، **ثمانية أيام** من تاريخ اعلانه بالحكم الغيابى. ويبقى تجويز المعارضة، المشار اليه، إستثنائيا بالنسبة

للمقرر فى قانون المرافعات المصرى. إذ أن هذا القانون لم يعد يسمح، فى المسائل المدنية، بصدور أحكام غيابية[١]. **أما الطريق الثانى، فهو طريق الطعن بالاستئناف**، وقد حددت المادة ٢٥٢ مدنى ميعاد الاستئناف بخمسة عشر يوما تبدأ أيضا من تاريخ اعلان الحكم. وهو ما يخالف أحكام قانون المرافعات سواء فى المدة[٢]، سواء فى بدء سريانها[٣].

٣ - علانية الحكم الصادر بشهر الإعسار:

٢٢٩- نصت المادة ٢٥٣ مدنى وكذلك المادة ٢٥٤ مدنى على إجراءات تكفل علانية كافية للحكم الصادر بشهر إعسار المدين، وذلك حتى يتسنى لكل من يهمه الامر الإطلاع على مجريات طلب شهر الإعسار، وما يصدر فيها من حكم، وما يطرأ على حالة المدين بعد ذلك من تعديل:

- **فقد نصت المادة ٢٥٣ مدنى** على أن: «(١) على كاتب المحكمة فى اليوم الذى تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها فى سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين، وعليه أن يؤشر فى هامش التسجيل المذكور بالحكم **الصادر** فى الدعوى، وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه، وذلك كله يوم صدور الحكم». «(٢) وعلى الكاتب أيضا **أن يرسل إلى قلم كتاب**

---

(١) حيث تنص المادة ٨٤ من قانون المرافعات على أنه إذا تخلف المدعى عليه وحده فى الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد أعلنت لشخصه حكمت المحكمة فى الدعوى، فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة، فى غير الدعاوى المستعجلة، تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب **ويعتبر الحكم فى الدعوى فى الحالتين حضوريا**».

(٢) حيث أن القاعدة العامة هى ٤٠ يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك (م٢٢٧ مرافعات).

(٣) حيث يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على ذلك... م ٢١٣ مرافعات.

محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لاثباتها فى سجل عام، ينظم وفقا لقرار يصدر من وزير العدل»[1].

٢٣٠- **أما المادة ٢٥٤** مدنى فقد نصت على أنه «**يجب على المدين إذا تغير موطنه** أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التى يتبعها موطنه السابق، وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن، سواء أخطره المدين أو علم بذلك من أى طريق آخر، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم الإعسار ومن البيانات المؤشر بها فى هامش التسجيل إلى المحكمة التى يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها فى سجلاتها».

٤ - الأثر المنشئ لحكم شهر الإعسار:

٢٣١- **يعتبر حكم شهر الإعسار حكما منشئا** لحالة الإعسار، وبالتالى فهو **ليس حكما كاشفا** عن حالة قائمة. ويعود هذا الوصف المنشئ إلى أن القضاء بشهر الإعسار إنما يتوقف على توافر شروط معينة سبق التعرض لها، وهى شروط تنقل المدين من حال لا يعرف فيها عنه الإعسار إلى حالة يثبت فيها **قانونا** أنه معسر، فضلا عن أن هذا القضاء إنما يتوقف على تقدير من جانب المحكمة لحالة المدين، وفق ظروف وأحوال وملابسات تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، كما سبق أن أشرنا.

- ويترتب وصف الحكم بأنه منشئ، وليس كاشفا، أنه يعد حجة على الكافة. وبالتالى فمن حكم بشهر إعساره يعتبر كذلك بالنسبة لكافة مدينيه سواء من قدم طلب شهر الإعسار، أو بالنسبة لغيره. كما أن هذه الحجية تمتد

---

(١) وهو ما يعنى أن المشرع أراد أن تكون الصورة الكاملة لحالات الإعسار، على مستوى الدولة، متوافرة بقلم كتاب محكمة مصر، وهو ما يوفر سجلا عاما لهذه الحالات.

لكل من يتعامل معهم المدين، حيث أن أى تصرف من جانب المدين المعسر لا ينفذ فى حق دائنيه. «ذلك أن حالة الإعسار لا تتجزأ»[١].

ويترتب على الحجية السالفة الذكر أنه يجوز لكل صاحب مصلحة، كدائن لم يكن خصما فى الدعوى، أو شخص تلقى حقا من المدين بموجب تصرف قانونى، أن يطعن فى حكم شهر الإعسار بطريق التماس إعادة النظر إذا توافرت إحدى حالاته المنصوص عليها فى المادة ٢٤١ من قانون المرافعات.

(١) السنهورى، رقم ٧٠٤.

المبحث الثالث
آثار شهر الإعسار

٢٣٢- نظم المشرع شهر إعسار المدين من منطلق «**يخدم مصالح الجميع، مصالح المدين ومصالح الدائنين**»[1]، حيث أنه متى أشهر الإعسار كان مركز المدين فى تصفية ديونه أفضل بلا شك.. ذلك أن هذا الإشهار لا يستتبع حتما حلول الديون المؤجلة، فللقاضى أن يبقى على الأجل وأن يمد فيه، بل للقاضى ما هو أفضل: فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة للديون المستحقة الأداء... وله أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل.. وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم... خوله حق الحصول علي نفقة تقتطع من إيراده إذا كان هذا الايراد محجوزا».

«**أما الدائنون** فيكفل لهم نظام الإعسار قسطا من الحماية... ذلك أنه بمجرد تسجيل صحيفة دعوى إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أى اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين فى حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل... ومتى أُشْهِرَ إعسار المدين أصبح من أهون الامور على الدائنين أن يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضارة... وأصبح إعمال أحكام الدعوى البوليصية فريدا فى بساطته. فكل تصرف قانونى يصدر من المدين المعسر، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته، وكل وفاء يقع منه لا ينفذ فى حق الدائنين... ولتعزيز حماية الدائنين، من تصرفات المدين الضارة، قرر .. توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملا من أعمال الغش البَيِّنِ إضرارا بدائنيه...».

---

(١) السنهورى، رقم ٦٩٢ فى الهامش.

كانت تلك بعض عبارات المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى أوجزت جُلَّ ملامح التوازن فى نظام الإعسار المدنى(١).

ونعرض فيما يلى لآثار الإعسار بالنسبة للمدين، وبالنسبة للدائنين.

آثار الإعسار:

٢٣٣-نصت على هذه الآثار المواد ٢٥٥ و ٢٥٧ و ٢٥٨ و ٢٥٩ و٢٦٠ من القانون المدنى. وتتمثل الاحكام الواردة فى هذه النصوص فى أربعة محاور : ١- حلول آجال الديون المؤجلة. ٢- عدم نفاذ تصرفات المدين بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (م٢٥٧ مدنى) وحدود إجازة تصرفاته وضوابطها (م ٢٥٨ مدنى). ٣- أحقية المدين فى طلب نفقة من إيراداته المحجوز عليها (م ٢٥٩ مدنى). ٤- تعرض المدين لعقوبات محددة إذا إرتكب بعض الأفعال الضارة بالدائنين.

أولا - سقوط آجال الديون المؤجلة:

٢٣٤- وهو ما نصت عليه ونظمته المادة ٢٥٥ مدنى حيث قررت «(١)- يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الاجل». (٢) «ومع ذلك يجوز للقاضى أن يحكم، بناء على طلب المدين وفى مواجهة ذوى الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مَدِّه بالنسبة إلى الديون المؤجلة. كما يجوز له أن يمنح المدين أجلا بالنسبة إلى الديون الحالة إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعا».

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية - جزء ٢ ص ٢٥٩ و ٢٦٠.

وتستهدف الفقرة (١) من النص السابق تحقيق المساواة بين جميع دائنى المعسر، سواء من كان دينه حال الاداء أو من كان دينه مؤجلا، وذلك بأن رتب المشرع على الحكم بإشهار إعسار المدين سقوط آجال الديون المؤجلة. وبذلك تتحقق المساواه بين الفريقين، وتصبح جميع الديون على قدم المساواة من حيث وجوب الوفاء بها. وهو ما يدفع ضررا احتماليا عن أصحاب الديون الآجلة لو انتظر أصحابها موعد حلول الاجل دون أن يشاركوا فى توزيع أموال المدين.

ولكن الفقرة (١) ذاتها، من المادة ٢٥٥ مدنى، رتبت أيضا على سقوط الاجل حكما يراعى مصلحة المدين بأن قررت أن يخصم، من الديون التى أُسْقِطَتْ آجالها، مقدار الفائدة الإتفاقية أو القانونية عن المدة التى سقطت بسقوط الأجل.

- ثم جاءت الفقرة (٢) من المادة ٢٢٥ مدنى لتدخل قدرا من المرونة فى حكم سقوط الاجل -إذا إقتضت ظروف المدين، التى تقدرها المحكمة- حيث يجوز للمدين، بعد أن سقط الأجل بقوة القانون، نتيجة الحكم بإشهار الإعسار، أن يطلب، فى مواجهة الدائن، الذى سقط أجل حقه، إبقاء الاجل كما كان، كما يجوز له أن يطلب مَدَّ الاجل. وقد ذهب المشرع أبعد من ذلك حيث اجاز للمحكمة أن تمنح المدين أجلا بالنسبة للدين الحال الأداء. غير أن هذه المُكْنَات، بصورها سالفة الذكر، متروك تقديرها للمحكمة، وفقا لرؤيتها لظروف المدين. فقد ترى فيها المحكمة فرصة مواتيه تتحسن فيها ظروف المدين، وتحقق بالتالى مصلحة للدائنين. ويعد ذلك تطبيقا، فى شأن حالة الإعسار، للمبدأ العام فى نظرة الميسرة التى يمنحها القضاء. «إذا استدعت حالة المدين ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم»، حسب نص المادة ٣٤٦ من القانون المدنى.

ثانيا – عدم نفاذ تصرفات المدين فى مواجهة الدائنين:

٢٣٥– وهو ما نصت عليه المادة ٢٥٧ مدنى: «**متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار** فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين، يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى إلتزاماته. كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين».

– ويضع هذا النص حدا فاصلا بين **مرحلة ما قبل تسجيل** صحيفة دعوى الإعسار، والمرحلة اللاحقة على هذا التسجيل. **ففى المرحلة السابقة** على تسجيل صحيفة الدعوى **تكون تصرفات المدين، وكذلك الوفاء بالديون،** نافذة فى حق الدائنين، ولكن ذلك مشروط بأن تكون هذه التصرفات ثابتة التاريخ قبل تسجيل الصحيفة المشار إليها. والمقصود بهؤلاء الدائنين هم **أصحاب الحقوق الثابتة التاريخ قبل التسجيل**. أما من كانت ديونهم غير ثابتة التاريخ، على النحو المذكور، فليس لهم التمسك بعدم نفاذ تصرفات المدين، إذ تعتبر حقوقهم لاحقة على تسجيل عريضة الدعوى، وبالتالى فحقوقهم ذاتها لا يعتد بها.

٢٣٦– **أما فى المرحلة اللاحقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار،** فان تصرفات المدين، سواء ما ينقص من حقوقه، أو ما يزيد من التزاماته، **أو ما كان وفاءً بدين،** لا تنفذ فى حق الدائنين. وعدم النفاذ، بعد تسجيل عريضة دعوى الإعسار، طليق من اشتراط الغش أو التواطؤ، فهو بذاته، وبحكم وقوعه لاحقا على التسجيل المذكور، فانه يضحى غير نافذ. وهو ما يعطى للدائنين حماية أنجح من تلك التى تقدمها دعوى عدم نفاذ التصرفات بشروطها المعروفة والمتشددة.

ويلاحظ أنه، كما هو الحال فى حالات عدم النفاذ، فإن مؤداه بقاء التصرف قائما وصحيحا بين طرفيه، وهو ما يفيد المتصرف إليه إذا مازالت حالة الإعسار وبقى المال المتصرف فيه، دون التنفيذ عليه، قائما فى ذمة المدين، وبالتالى من حق المتصرف اليه التمسك به.

أما إذا نفذ الدائنون على المال المتصرف فيه وبقى من ثمنه شئ فان هذا الباقى يضحى من حق المتصرف إليه.

- غير أن **المادة ٢٥٨ مدنى أوردت استثناء على حكم المادة ٢٥٧ مدنى** الخاصة بعدم نفاذ تصرفات المدين اللاحقة لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار. فقد نصت المادة ٢٥٨ سالفة الذكر على أن **تصرفات المدين اللاحقة لتسجيل صحيفة دعوى الاعذار تنفذ** -استثناء- فى حق الدائنين، ولو تم التصرف بغير موافقتهم **إذا أدع المدين ثمن المثل خزانة المحكمة** ليدخل بعد ذلك ضمن حصيلة التوزيع على الدائنين، ويلاحظ أن هذا الاستثناء مشروط بايداع ثمن المثل بغض النظر عن الثمن الحقيقى الذى تم به البيع، أى حتى ولو كان ثمن البيع أقل من ثمن المثل.

٢٣٧- **وأخيراً**، والحاقا بالاحكام السابقة، فى شأن عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر، نصت المادة ٢/٢٥٦ مدنى على أنه: «**لا يجوز أن يحتج على** الدائنين الذين تكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى إختصاص يقع علي عقارات المدين بعد هذا التسجيل». وهذا الحكم يحمى الدائنين **أصحاب الحقوق ثابتة التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار**[1] من محاولة أى دائن المسارعة إلى أخذ حق إختصاص لاحقا علي التسجيل المشار اليه. وهو ما يحقق العدالة والمساواة بين هؤلاء الدائنين.

---

(١) أما من لم يكن حقه ثابت التاريخ على هذا النحو فيسرى فى حقه الاختصاص الذى يحصل عليه أحد الدائنين الآخرين.

ثالثا : حق المدين فى الحصول على نفقة:

٢٣٧- نصت المادة ٢٥٩ مدنى على أنه «إذا وقع الدائنون الحجز على ايرادات المدين، كان لرئيس المحكمة المختصة بشهر الإعسار أن يقرر للمدين، بناء على عريضة يقدمها، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة، ويجوز التظلم من الأمر، الذى يصدر على هذه العريضة، في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره، إن كان التظلم من المدين، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم».

ويجيز النص السابق تقرير نفقة للمدين، على أن ذلك لا يكون إلا من إيراداته المحجوزة، بمعنى أنه لا يجوز تقرير نفقة تقتطع من رأس المال، وبذلك يراعى النص مصلحة المدين فى الحصول على النفقة المشار اليها، دون مساس برأس المال حفاظا على مصالح الدائنين. كما أجاز المشرع لكل من الطرفين، الدائن والمدين، أن يتظلم من قرار تقرير النفقة المذكورة، وفق الاجراءات والمواعيد الواردة بالمادة ٢٥٩ مدنى، سالفة الذكر.

ويستمر المدين فى الحصول على النفقة، وفق الضوابط السابقة، إلى أن يتم تصفية أمواله، وإذا تحددت النفقة من إيراد مال محدد، فان هذا التحديد لا يحول دون بيع هذا المال.

رابعا: معاقبة المدين المعسر، جنائيا، إذا تعمد الاضرار بالدائنين:

٢٣٨- نصت المادة ٢٦٠ مدنى على أن يعاقب المدين بعقوبة التبديد فى الحالتين الآتيتين:

(أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين **فتعمد** الإعسار، **بقصد** الاضرار بدائنيه، وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره.

(ب) إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو إصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه.

وعقوبة التبديد المشار اليها هى، كما وردت فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات المصرى - «الحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه».

- ويلاحظ أن الجريمتين السالفتى الذكر هما جريمتان عمديتان. **فالحالة الأولى** يقوم فيها المدين **قبل شهر إعساره**- وبعد أن رفعت عليه دعوى المطالبة لاستيفاء الدين- بأعمال أدت إلى إعساره، والفرض أنه **تعمد ذلك قبل صدور الحكم فى الدعوى المنظورة.** وتعمد المدين هنا يتخذ مظهر أنه قصد إلى منع الدائن - رافع الدعوى- من الحصول علي كامل حقه. ومن الأعمال المؤثمة، على النحو السابق، أن يبدد المدين امواله أو أن يقوم باخفائها أو أن يصطنع ديون وهمية للغير، وبالجملة أى عمل أو تصرف يؤدى به إلى حالة الإعسار.

- أما **الحالة الثانية** فتقع الاعمال المكونة للجريمة فيها **بعد الحكم بشهر إعسار المدين**، حيث يعمد فى هذه المرحلة إلى إتيان أفعال تؤدى إلى زيادة إعساره، وبالتالى إلى الاضرار بدائنيه. ولابد أن تكون هذه الافعال ايضا عمدية. ومن قبيل ذلك إخفاء الاموال واصطناع ديون صورية أو مُبَالَغ فيها[1].

---

(١) سليمان مرقص، رقم ٢٠٧، السهنورى، رقم ٧٠٩.

المبحث الرابع

إنتهاء حالة الإعسار القانونى

أولا – كيفية إنتهاء حالة الإعسار: حكم قضائى – أو بقوة القانون:

٢٣٩- نصت المادة ٢٦١ مدنى: (١) تنتهى حالة الإعسار بحكم «تصدره المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن المدين. بناء على طلب ذى شأن «فى الحالتين الآتيتين:

«(أ) **متى ثبت أن ديون المدين اصبحت لا تزيد عن أمواله.**

«(ب) **متى قام المدين بوفاء ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر «الإعسار أثر فى حلولها.** وفى هذه الحالة تعود آجال الديون التى حلت بشهر «الإعسار الى ما كانت عليه من قبل وفقا للمادة ٢٦٣.

«(٢) ويؤشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بالحكم الصادر بانتهاء «حالة الإعسار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه فى المادة ٢٥٣، وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك».

- كما **تنتهى حالة الإعسار كذلك «بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار»**.

وما ورد فى النصين السابقين يرسم طريقين لانتهاء حالة الإعسار:

الطريق الأول: هو ما نصت عليه المادة ٢٦٢ حيث **تنتهى هذه الحالة بقوة القانون** بعد مضى خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الإعسار. ومعنى الانتهاء بقوة القانون أن حالة الإعسار تنتهى تلقائيا بمضى المدة المشار اليها دون حاجة إلى حكم من المحكمة.

ويرجع هذا الحكم إلى تقدير من المشرع أن خمس سنوات مضت على التأشير بحكم شهر الإعسار، هى مدة كافية للدائنين لتصفية أموال المدين واستيفاء حقوقهم منها، على نحو لا يكون عادلا أو ملائما استمرار حالة الإعسار وتبعاتها القانونية فى حق المدين أكثر من ذلك. وهو نوع من التوازن العادل بين مصالح الطرفين، الدائنين والمدين.

والانقضاء بقوة القانون، على نحو ما سلف، يعيد المدين إلى وضعه الطبيعى حرا من قيود الإعسار، دون حاجة إلى أى إجراء، ودون حاجة إلى التأشير بهذا الانتهاء.

الطريق الثانى: وبه **تنتهى حالة الإعسار بحكم قضائى** عملا بالمادة ٢٦١ مدنى. ويفترض هذا الطريق، بداهة، انتهاء الحالة قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم شهر الإعسار، أى حيث تكون الحالة قائمة لم تسقط بقوة القانون.

وقد حدد المشرع المحكمة المختصة باصدار هذا الحكم بانها محكمة موطن المدين، وهى ذات المحكمة المختصة بالحكم باشهار إعسار المدين[1]. وحكم المحكمة بالانتهاء هو حكم منشئ وليس كاشفا، شأنه شأن الحكم بإشهار الإعسار.

٢٤٠- وقد حددت المادة ٢٦١ مدنى حالتين يصدر فيهما حكم بانهاء حالة الإعسار:

---

(١) وإذا كان المدين قد غير موطنه فان المحكمة المختصة هى محكمة موطنه عند رفع الدعوى بانهاء الإعسار. وفى هذه الحالة إذا صدر حكم بانهاء الإعسار وجب التأشير به فى سجل كل من المحكمتين، محكمة موطنه عند الحكم بشهر إعساره ومحكمة موطنه الصادر عنها حكم انهاء حالة الإعسار. وفى جميع الحالات يتعين ارسال الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به أيضا، وذلك بعد أن يصبح الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه.

الحالة الأولى: اذا تغيرت حالة المدين من حالة الإعسار إلى حالة اليسار. ويقصد باليسار فى هذا الفرض معنى محددا هو أن تصبح أمواله تفى بجميع ديونه التى كانت حالة الاداء عند طلب شهر إعساره، وكذلك الديون التى حلت آجالها -أى سقطت آجالها- بسبب الحكم بشهر الإعسار. وهذا الوضع يمكن تصوره عملا إذا ما آلت للمدين المعسر أموال بطريق أو بآخر، كالميراث أو الوصية، أو تحصيل حقوق كانت له قبل الغير، أو كسب دعوى قضائية بمثل هذه الحقوق...الخ .. كما قد يحدث هذا التحول نتيجة تصالح مع بعض الدائنين الذين يتنازلون للمدين عن كل أو بعض حقوقهم، فيعتدل، نتيجة لذلك، ميزان حقوقه بالنسبة لالتزاماته، فتصبح الاولى أكثر من الثانية.

الحالة الثانية: هى حالة قيام المدين بالوفاء بالديون التى كانت حالة الاداء عند طلب شهر إعساره. ولا فرق، بالنسبة لهذه الديون، بين تلك التى كانت **حالة الاداء بذاتها** عند طلب شهر الإعسار **وتلك التى حلت آجالها حلولا طبيعيا فى وقت لاحق لطلب شهر الإعسار**.

ومؤدى ذلك أنه لا يدخل فى حساب هذه الديون تلك التى سقطت آجالها، قبل أوانها، بسبب شهر الإعسار، ذلك أن المشرع اعاد لهذه الديون الأخيرة آجالها الاصلية عند القضاء بانهاء حالة الإعسار للسبب المشار اليه سلفا.

ويلاحظ أن السبب القانونى للقضاء بانهاء حالة الإعسار، فى هذه الحالة الثانية، هو **أن يكون المدين قد أوفى وفاء فعليا بتلك الديون التى حلت آجالها**. وهو ما يميز هذه الحالة الثانية، عن الحالة الأولى السابق عرضها والتى يكتفى فيها بأن تصبح أموال المدين كافية للوفاء بجميع ديونه دون إشتراط أن يقوم بالوفاء من الناحية الفعلية.

ويقدم طلب انهـاء الإعسار فى جميع الاحـوال من المدين عادة، ولكنه قد يقدم من أحد الدائنين، خاصة حين يكون أجل حق هذا الدائن على وشك الحلول. كمـا يجوز أن يقدم طلب انهـاء الإعسار من الخلف الخـاص للمدين المعسر، حتى يتمكن هذا الخلـف من التمسك قبـل المدين (سَلَفـه) بالتصرف المبرم بينهما.

المبحث الخامس

آثار انتهاء حالة الإعسار

٢٤١- نصت المادة ٢٦٣ مدنى على أنه «يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق، بشرط أن يكون قد وَفىَّ ديونه التى حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر فى حلولها».

ونصت المادة ٢٦٤ مدنى على أن «إنتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين، ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقا للمواد ٢٣٥[١] و ٢٤٣[٢]».

أولا - عودة المدين إلى وضعه الاصلى والعادى:

٢٤٢- والنصوص السابقة تقرر زوال الآثار العامة التى ترتبت على صدور حكم بشهر الإعسار، والتى سبق أن عرضنا لها فى موضع سابق، والتى وردت فى المواد ٢٥٥ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨ و ٢٥٩ و ٢٦٠ من القانون المدنى.

ومفاد ذلك أن يعود المدين، بزوال حالة الإعسار، إلى حالته الطبيعية، حرا فى التصرف فى أمواله، غير معرض لعقوبة التبديد، لا يحتاج إلى تقرير نفقة لمعيشته، ويجوز لأى من دائنيه أن يحصل، دون عائق على حق

(١) وهى التى تخول الدائن حق الدعوى غير المباشرة بشروطها.
(٢) وهى الخاصة برفع دعوى عدم نفاذ التصرفات التى يجريها المدين إضرارا بدائنيه.

إختصاص على عقار من عقاراته[1]. وكل ذلك يمثل الآثار العكسية لما ترتب على حكم شهر الإعسار.

ثانيا- عودة آجال الديون التى كانت مؤجلة إلى سابق مواعيد إستحقاقها:

٢٤٣- اشرنا سلفا إلى ما نصت عليه المادة ٢٥٥ مدنى من أنه **يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل ما فى ذمة المدين من ديون مؤجلة**.. واشرنا إلى الحكمة من وراء هذا النص، وهى حماية الدائن صاحب الحق المؤجل من خطر الانتظار حتى حلول الاجل بما قد يفوت عليه إمكانية الوصول إلى أموال باقية تصلح للتنفيذ عليها. وهذا الحكم هو لازِ مَةُحالة الإعسار وما يترتب عليها من آثار.

أما وقد حكم بانتهاء حالة الإعسار، بسبب تحول حالة المدين المالية إلى حالة أصبحت فيها أمواله تكفى للوفاء بديونه الحالة والمؤجلة، فانه يجوز للمدين أن يطلب إعادة الديون، التى كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار، إلى آجالها السابقة. وهذه الميزة، التى قررها نص المادة ٢٦٣ مدنى للمدين مشروطه بان يكون هذا المدين قد وَفّىَ فعلا ديونه التى حلت. والمقصود بهذه الديون **تلك التى حلت فى آجالها الطبيعية**، أى دون أن يكون حلول آجالها بسبب الإعسار.

(١) وهو ما يعنى أن انتهاء حالة الإعسار يؤدى أيضا إلى نفاذ حقوق الاختصاص التى يكون بعض الدائنين قد حصلوا عليها ولو بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار.